



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

PRISCILLA MENDES VIEIRA

**PLANOS DE SAÚDE:
O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS.**

**BRASÍLIA
2014**

PRISCILLA MENDES VIEIRA

**PLANOS DE SAÚDE:
O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências Sociais Aplicadas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Doutor Leonardo Roscoe Bessa

BRASÍLIA

2014

PRISCILLA MENDES VIEIRA

**PLANOS DE SAÚDE:
O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências Sociais Aplicadas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Doutor Leonardo Roscoe Bessa

Brasília, 11 de Abril de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Leonardo Bessa, Dr

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas aos meus amados pais, Luiz Carlos e Márcia. À Deus. Ao meu irmão, tão essencial. Ao meu amor Pedro Henrique. E aos meus avós, em especial, minha avó Alice, grande paixão da minha vida.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Professor Doutor Leonardo Bessa, pelo inestimável apoio e pela indispensável orientação que me deu para a realização deste trabalho e de onde consegui tirar a experiência necessária em suas aulas de Direito do Consumidor para a construção do tema.

Agradeço, também, a todos os professores do Curso de Direito e pela instituição UniCEUB, pela minha formação de base teórica e pela excelente qualidade de ensino.

Agradeço ao meu pai por ser meu exemplo e com quem aprendi as primeiras e indelévels lições sobre valores, e a minha mãe, melhor amiga, na qual sempre me espelhei, principalmente para seguir a área jurídica. Foram fundamentais durante a realização do meu trabalho. Por vocês guardo meu amor incondicional e minha gratidão eterna.

*“O maior erro que o homem pode cometer é
sacrificar a saúde a qualquer outra
vantagem.”*

Arthur Schopenhauer

RESUMO

Este presente trabalho foi desenvolvido em torno do tema do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, elaborado pela ANS e sua interpretação pelas operadoras de plano de saúde *versus* o Judiciário, através da análise de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. As principais implicações consistem em reconhecer se este Rol deve ser considerado como uma listagem meramente indicativa ou exaustiva como entendem alguns doutrinadores e exclusivamente as operadoras de saúde. Sobre este tema, cumpre abordar todos os direitos envolvidos, bem como os princípios e normas do sistema jurídico inerente à natureza deste contrato. Diante disso, objetiva-se analisar qual direito fundamental deve predominar quando se há a colisão de direitos constitucionais, a saúde e a de ordem econômica. Assim a finalidade deste estudo é dirimir esta controvérsia, através de fundamentos de grande relevância para o ordenamento, debruçando-se sobre o raciocínio de jurisprudência, a fim de consolidar um entendimento para este paradoxo atual.

Palavras-chave: Planos de saúde. ANS. Código de Defesa do Consumidor. Rol de Procedimentos. Direito à saúde. Operadoras de saúde. Cobertura assistencial.

ABSTRACT

This present work was developed around the subject of the List of Procedures and Events in Health, created by the ANS and the relative interpretation of the health operators and the judiciary, giving a focus on the analysis of Distrito Federal e Territórios Court. The main implication is to recognize if this list should be considered by the health operators as an indicative listing or exhaustive. About this subject, needs to approach all the rights involved, as well as, the principles and standards of the laws. An attempt to analyze which right prevails when there is a collision between a right to health and the precepts of economic order laid down in the federal constitution of 1988. So the purpose of this study is to settle this controversy, through the fundamentals of great relevance for the judiciary, to consolidate an understanding for this current paradox.

Key words: Health Plans. ANS. Code Consumer. List of Procedures. Right to Health. Health operators. Fundamental Right. Interpretation. Minimum Coverage. Dignity principle. Coverage. Private Initiative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	13
1.1 DIREITO À SAÚDE	13
1.1.1 <i>SAÚDE E O DEVER DO ESTADO</i>	16
1.1.2 <i>SAÚDE E A INICIATIVA PRIVADA</i>	18
1.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	22
1.3 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	23
1.3.1 <i>CONTRATOS DE ADESÃO</i>	27
1.3.2 <i>MUTUALISMO</i>	29
1.3.3 <i>FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SAÚDE SUPLEMENTAR</i>	29
1.4 DIÁLOGO DAS FONTES	30
2. OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE.....	33
2.1 LEI 9.656/98.....	33
2.2 OS TIPOS DE PLANO DE SAÚDE.....	39
2.3 A ANS	41
3. PAPEL DAS OPERADORAS DE SAÚDE E OS LIMITES DE COBERTURA ..	42
3.1 O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE	42
3.2 O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DE 2014	43
3.3 A INTERPRETAÇÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE	
3.4 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS	46 52
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

A luta do homem pela saúde o acompanha desde sua existência, cruzando pela Antiga Grécia, por onde viveu Hipócrates - o “Pai da Medicina” até chegar aos sistemas atuais de saúde incorporados pelo Estado para a garantia e proteção do indivíduo.

Como se sabe não tem como quantificar o número de doenças ao longo da evolução humana, afinal inumeráveis doenças foram e vêm surgindo ao passar dos anos. Diante disso, o anseio pela saúde deixa de ser uma necessidade básica de sobrevivência para se tornar um Direito do Homem na sociedade.

A saúde começa a ser compreendida pelo Estado como um problema mundial (daí surge à criação da OMS), gerando uma preocupação em promover a manutenção da vida de todo o ser humano.

No Brasil, a saúde vem como um direito fundamental vinculado à Constituição Federal de 1988. Tratando-se de um bem jurídico de valor imponderável e essencial a todo cidadão, afinal é sabido que a saúde é uma garantia para que o direito à vida com dignidade, tutelado pelo *caput* do dispositivo 5º com o dispositivo 1º, III, seja assegurado.

Para que este direito fosse efetivado, foi atribuído ao Estado o dever de prestar serviços de saúde a todos de maneira universal, integral e igualitária. Logo, foi criado um sistema único de atuação, o SUS. No entanto, inobstante essa obrigação do Estado, a Carta Magna não vedou a atuação da iniciativa privada em oferecer, de maneira complementar ou suplementar, à proteção à saúde.

Surgem então as operadoras de saúde, subordinadas no ditame da Lei 9.656/98, a prestar aos consumidores esta assistência à saúde, através de seus planos de saúde. A atividade da iniciativa privada tem características distintas da atividade estatal, por prever uma cobertura limitada nos termos de cada contrato e apenas para os seus beneficiários. No entanto ambas tem uma finalidade em comum: a proteção à saúde

Como esta prestação privada de saúde se estrutura através de um contrato, que no caso se trata de adesão, entre a operadora de saúde e o beneficiário, tal relação deve ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor e à luz de seus princípios.

Para evitar que houvesse abusos por parte dos planos de saúde e com a intenção de promover aos beneficiários um amplo acesso aos procedimentos atuais da medicina, a Lei 9.656/98 atribuiu à ANS a criação de um Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, com a finalidade de listar determinados tratamentos que todas as operadoras deveriam oferecer obrigatoriamente.

No entanto a grande divergência surge ao analisar se este rol deve ser interpretado de maneira meramente exaustiva ou apenas de natureza indicativa de cobertura, uma vez que a ANS não esclareceu expressamente sua natureza.

Assim, o presente estudo desenvolve-se a partir da ideia de que atualmente, as operadoras de saúde vêm rejeitando a cobertura de procedimentos que não estão incluídos no rol, sob o argumento que este aludido elenco já inclui os tratamentos necessários para as patologias e que a relação contratual é estrita, não devendo interpretar a proteção à saúde de forma abrangente.

Este trabalho justifica-se pela relevância do tema e pela inegável aplicação na atualidade. Não restando dúvida que a medicina está em constante evolução, com cotidianas descobertas científicas, que convém com a relativa discussão em torno da aplicação deste rol.

No primeiro capítulo, será apresentada a saúde no ordenamento jurídico, analisando como principal vertente, o direito à saúde pela Constituição Federal, bem como seus reflexos internacionais. Partindo da análise do dever do Estado e sua atribuição de prestar assistência à saúde através do SUS e a efetividade deste dever atualmente para a sociedade.

Cumprindo ainda estudar neste capítulo a previsão constitucional de estipular à iniciativa privada a participar desta prestação de assistência à saúde, através de um contrato e mediante a contraprestação pecuniária. Assim valem mencionar, de maneira breve, as diretrizes do contrato de plano de saúde pelo Código Civil de 2002.

Do mesmo modo é necessário delimitar os princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que as relações de plano de saúde devem ser norteadas pelas normas deste Código uma vez que as seguradoras de saúde são típicas fornecedoras de serviço, oferecendo uma prestação a um consumidor. Esta aplicação deve preencher as lacunas da Lei 9.656/98, servindo como base e cuidando de assuntos relevantes que a esta lei não atentou.

Dentro desta análise, estabelece avaliar que o tipo de contrato desta relação de consumo é o de adesão e que a principal característica é o mutualismo. Para tanto é necessária a conceituação da função social do contrato de saúde suplementar para melhor interpretação do papel das operadoras e os seus planos de saúde.

No final do capítulo é de suma importância analisar o diálogo das fontes, visto que este contrato de prestação é norteadado por diversas normas que não devem se excluir, e sim se complementarem.

No segundo capítulo cabe conceituar e analisar a Lei 9.656/98 que surgiu para regular os planos de saúde, estudando quais são os tipos de planos que as operadoras oferecem e como elas interagem com o Rol de Procedimentos. Devendo observar no final a atuação da ANS nos contratos de assistência à saúde.

No terceiro capítulo será abordado o rol de procedimentos, fazendo uma análise da interpretação deste rol perante a doutrina e o judiciário, bem como a discussão em torno do tema proposto, trazendo também a apresentação do entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Por fim, as considerações finais e conclusões advindas do presente estudo e a sua finalidade sem deixar de apresentar as referências que embasaram tal caminhada.

1. A SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

1.1 DIREITO À SAÚDE

Direito à saúde é um bem essencial garantido por cláusulas pétreas da Constituição Federal do Brasil de 1988, sendo de suma importância atualmente pela jurisprudência dos tribunais superiores. Trata-se de um bem jurídico de valor imponderável com enorme repercussão social cuja violação atenta à segurança do ser humano, a dignidade e o direito à vida, garantias fundamentais protegidas pela nossa Carta Magna.

Diante do que prevê o seu dispositivo 196¹, dois princípios constitucionais estão veiculados, o do acesso universal e o de acesso igualitário. Evidentemente, o acesso universal abrange o conceito de que todas as ações e recursos na área de saúde devem ser destinados ao ser humano², não podendo restringir nenhum indivíduo ou grupo.

O princípio em pauta é completado logicamente pelo princípio do acesso igualitário, no qual todos estes indivíduos previstos devem receber igual atendimento, bem como usufruir de todos os tratamentos, sem que haja diferenças como preconceitos ou privilégios.

Assim, como cerne o disposto, o direito à saúde é de “todo e qualquer cidadão”, onde lhe é assegurado não somente a “proteção e promoção da saúde, como também sua cura, bem como políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças”³.

Cabe mencionar que a Constituição de 1988 foi a primeira a dar importância à saúde, já que a mesma havia sido mencionada apenas na Constituição de 1934 com finalidade de combater epidemias e endemias.⁴ Flavia Piovesan é quem observa que:

¹ Dispositivo 196 CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

² ARAUJO, Luiz Adalberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 487

³ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 mar. 2014.

“[...] há que se enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais e econômicos, que nas cartas anteriores restavam pulverizadas no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata”.⁵

De mais a mais, a saúde é pressuposto imprescindível para o nosso bem soberano, que é a vida. É assim que considera a Constituição, ao transformar como direito fundamental e cláusula pétrea, o seu artigo 5º *caput*⁶, que assegura de forma expressa a inviolabilidade ao direito à vida, assim como ao da dignidade humana. Ora, afinal como sobreviver ou ter uma sadia qualidade de vida sem a saúde? Esta ideia faz coro com Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues que:

“Somente aqueles que possuem vida, e, mais ainda, vida com qualidade e saúde, é que terão condições de exercitarem os demais direitos humanos, nestes compreendidos os direitos sociais, da personalidade e políticos de ser humano.”⁷

Ademais estabelece o artigo 6º que a saúde é um direito social, reforçando ainda mais a proteção e efetivação máxima desse direito para o Estado⁸. Como leciona Fernanda Vaccari, estes direitos devem ser protegidos e proporcionados pelo Estado, com a finalidade de oferecer e garantir melhores condições de vida ao ser humano. Em perfeita sintonia com este entendimento,⁹ Pedro Lenza também conclui que os direitos sociais tendem a concretizar uma igualdade na busca de melhores e adequadas condições de vida¹⁰. Seguindo esse raciocínio, José Cretella Junior assevera que:

⁴ Disponível em:

<www.sus20anos.saude.gov.br/sus20anos/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=9> Acesso em: 08 set. 2013.

⁵ PIOVESAN, Flavia. *Direito à saúde e o dever de informar*. Revista de direito do consumidor. Revista dos tribunais. São Paulo. Volume 77 p. 352 Jan/Mar 2011.

⁶ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 jul. 2013.

⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 31.

⁸ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 jul. 2013.

⁹ VACCARI, Fernanda Cláudia Araújo da Silva. *O direito fundamental à saúde e o dever do Estado em assegurá-la, sob pena de responder civilmente pela omissão*. Fortaleza: Revista Humanidades, v. 18.n.1, p. 35. Jan/Jun 2003.

¹⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 758.

“Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda a atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, temi para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo o progresso material, moral e político.”¹¹

Cabe mencionar, que antes da vigente Constituição Brasileira intitular a saúde como status fundamental e social, a ONU adotou pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu artigo XXV que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de segurar a si mesmo e a sua família saúde e bem estar [...]”.¹² Nesta esteira, pode-se ver que o fundamento do direito a saúde é tão importante que transcende o ordenamento interno e busca suas raízes no direito internacional.¹³

Do mesmo modo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1992 em seu artigo 12, reconhece que “toda pessoa tem o direito de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.¹⁴ Para este Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), órgão das Nações Unidas:

“A saúde é um direito fundamental indispensável para o exercício de outros direitos humanos. Todo ser humano deve ter o direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde que desfrute uma vida digna. A realização do direito a saúde pode ser alcançada de diversos modos, com ações complementares, com a formulação de políticas de saúde, ou pela implementação de programas de desenvolvimento da Organização Mundial da Saúde (OMS); ou ainda por meio da adoção de instrumentos legais específicos. Assim, o direito à saúde inclui componentes que são legalmente exigíveis”¹⁵.

¹¹ JUNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009. p 4331.

¹² Resolução 217A (III) 10 de dez de 1948 Declaração Universal dos Direitos Humanos Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 21 set. 2013.

¹³ SAMPAIO, AURISVALDO. *Contratos de plano de saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.21

¹⁴ Decreto 591, de 6 de Julho de 1992. Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm> Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁵ *Recomendação Geral 14, 1993. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_2_3_2.htm> Acesso em: 13 out. 2013.

Desta maneira, a saúde é um bem inatingível, protegida por nossa Constituição da maneira mais ampla possível, em virtude do dever de proteger a dignidade humana e a vida.

1.1.1 SAÚDE E O DEVER DO ESTADO

No entanto, a Carta Magna de 1988 não estabelece apenas o direito à saúde como um direito social, mas impõe em seu dispositivo 196¹⁶, a saúde como um dever expresso do Estado. Igualmente, a Lei 8.080/90 consolida, em seu dispositivo 2º, a mesma convicção ao expor que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”¹⁷ Nesse sentido fundamenta Ives Gandra da Silva Martins:

“A Constituição Federal conformou o estado brasileiro não só como um Estado de Direito, que tem por característica assegurar os direitos fundamentais do cidadão e submeter-se às normas que produz, mas também como um Estado democrático, o que pressupõe a atribuição ao ente estatal da obrigação de desenvolver ações positivas na área social- assim entendidas aquelas consistentes em criar os pressupostos fáticos necessários para, dentro do possível, possibilitar o exercício dos direitos sociais, de acordo e nos moldes traçados pela Carta Política”¹⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que ao Estado não se atribui apenas o direito de respeitar a vida humana, mas também o dever de proteger.¹⁹ Com isso, para dar efetividade à norma, foi criado o SUS, Sistema Único de Saúde, pela Lei 8.080/90 que possui a atribuição de prestar assistência gratuita a todos.

¹⁶ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 jul. 2013.

¹⁷ BRASIL, Lei 8.080/90 de 19 de set de 1990 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso em: 21 jul. 2013.

¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Relevância pública independente do regime de sua prestação. *Participação da Iniciativa privada em caráter complementar ao SUS*. Parecer, Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo: Vol. 2, n. 14, p. 103. Fev/2007.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*. São Paulo: Diálogo Jurídico, 2001. p. 87.

Porém como se sabe, esta proteção na Constituição por um serviço público de saúde que atenda de maneira digna e igualitária a todos não vem ocorrendo na prática. As ações judiciais vêm aumentando cada vez mais, de maneira significativa, nos últimos anos, em relação à saúde pública. Em 2011 o Conselho Nacional de Justiça fez uma pesquisa e estimou em mais de “240 mil ações processuais contra o SUS que tinham como lide o mau atendimento médico, a dificuldade de obtenção de medicamentos e os demorados tratamentos de saúde”²⁰.

Certo é que, apesar do dever do Estado diante a saúde, a Constituição de 1988 não determinou como ele deveria gastar e investir nesta área. Apenas complementou em seu artigo 198 que esta seria financiada pelo orçamento da seguridade social.²¹

Portanto, ainda que haja uma previsão orçamentária para a seguridade social, as despesas do Poder Público e seus investimentos são tão exorbitantes que deixa claro que a seguridade social que redistribui os recursos para diversas áreas, inclusive a saúde, possui uma parcela irrisória comparada com sua importância.

Porém cabe criticar que com isso a saúde pública no Brasil vem sendo caótica. Apesar da alta carga tributária imposta ao brasileiro, é certo que não se tem uma saúde pública descente.²² A falta de médicos não é somente o que assusta, mas também a espera para atendimentos, cirurgias, a disponibilidade de leitos, a precariedade de hospitais públicos, aos tratamentos obsoletos, bem como a demora ou até mesmo a não disponibilidade de remédios são o que atinge a saúde pública.²³

²⁰ Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096> Acesso em: 19 set. 2013.

²¹ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal 1 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 jul. 2013.

²² Segundo uma notícia divulgada pela revista VEJA o Brasil tem menos médicos que demais países emergentes, como Iraque, Índia, Vietnã e Guatemala. Segundo informação da revista, dado divulgado pela OMS, “há 17,6 médicos no Brasil para cada 10.000 habitantes. A média dos outros países emergentes é de 17,8” – Disponível em: <www.veja.abril.com.br/noticia/saude/oms-alerta-para-disparidade-de-medicos-no-brasil> Acesso em: 21 set. 2013.

²³ Sob esse prisma, vem os Tribunais Superiores enfatizando e lembrando o dever do Estado em relação à saúde, como pode-se ver no RE nº 273.834/RS, que tem como relator o Ministro Celso de Mello: “Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar de maneira responsável, o

Assim, sabendo que o sistema de saúde público não seria satisfatório e suficiente para atender as necessidades de preservação e reparação dos danos a saúde de todos, a Constituição Federal resolveu reconhecer a possibilidade de um sistema formado pela interação dos serviços públicos com a oferta privada, dando origem a dois subsistemas, como caracterizou Maria Stella.²⁴

1.1.2 SAÚDE E A INICIATIVA PRIVADA

Como já observado, o Estado criou o Sistema Único de Saúde, para prestar assistência à saúde de maneira integral e universal para todos os indivíduos. No entanto, o artigo 199 da Constituição Federal, assim como o dispositivo 21 da Lei 8.080/90 estipulou a iniciativa privada para participar de maneira complementar²⁵ ou suplementar²⁶ ao Sistema Único do Estado.²⁷ Para uma melhor definição, Gabriel Schuman conceitua assim:

Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir os cidadãos o acesso universal e igualitário. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar -se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transforma-la em promessa constitucional inconsequente. Sob pena de o Poder Público fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...]" BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário. Agravo em recurso extraordinário. Processo Civil e Constitucional. 1) Ausência de Prequestionamento da matéria constitucional. 2) Determinação judicial de cirurgia: inexistência de contrariedade aos art 2º e 196 da Constituição. Recurso ao qual se nega seguimento .271.286-RS, rel. Celso de Mello, Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Ministério Público de Pernambuco. Brasília, Dj. 24.11.2000

²⁴ GREGORI, Maria Stella. *O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos Planos de Saúde*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 78. Revista dos Tribunais p. 343. Abril/Junho 2011.

²⁵ "Complementar" à prestação a saúde no ordenamento jurídico brasileiro faz referência ao dispositivo 199 da CF, em que embora a atividade seja privada, elas complementam as atividades do SUS por meio de um contrato público, respeitando as diretrizes do próprio SUS. B Participação da iniciativa privada na saúde: saúde complementar e saúde suplementar. Disponível em:

<http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/saudecomplementar/1/frames/fr_saudecomplementar.aspx>. Acesso em: 30 mar. 2014.

²⁶ "Suplementar" por sua vez, não possui uma vinculação direta com o SUS, são serviços privados oferecidos exclusivamente na esfera privada. Participação da iniciativa privada na saúde: saúde complementar e saúde suplementar. Disponível em:

<http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/saudecomplementar/1/frames/fr_saudecomplementar.aspx>. Acesso em: 30 mar. 2014.

²⁷ BRASIL, Lei 8.080/90 de 19 de set de 1990 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

“Entende-se por “saúde suplementar” a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado, a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde.”²⁸

Esta previsão na Constituição teve por fim dar uma maior abrangência e consecutivamente efetividade à proteção à saúde, visto que o sistema público não foi capaz de oferecer uma cobertura adequada a todos. Diante disso se estabelece esta harmonia entre o sistema privado e o sistema público.²⁹

Como bem adverte André da Silva Ordacgy, infelizmente a má gestão administrativa e financeira do SUS, o sucateamento dos grandes hospitais públicos, a escassez de profissionais médicos e o desvio de verbas da saúde tem prejudicado demasiadamente o sistema público de saúde, a ponto de sua inoperância servir como veículo de propaganda em favor dos planos de saúde.³⁰

Registra-se que além da forma suplementar, o sistema privado pode complementar o sistema público, utilizando os parâmetros utilizados pelas entidades governamentais. No entanto o seu financiamento deve vir da iniciativa privada, que tem como objetivo o lucro. O dinheiro público somente pode ajudar as instituições privadas sem fins lucrativos, sendo vedado auxiliar as instituições privadas que não tenham finalidade beneficente como leciona o dispositivo 199, § 2º da CF.³¹

²⁸ SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde*. São Paulo. Editora Renovar. 2009.p. 201.

²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidor de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) São Paulo . Revista dos Tribunais. p. 34.

³⁰ ORDACGY, André da Silva. O direito fundamental à saúde publica. Disponível em: <www.hemofiliabrasil.org.br/artigos/artigo_20080925170800ARTIGO_SAUDE_PUBLICA_ANDRE_ORDACGY_ESDPU.pdf>. Acesso em: 29 set. 2013.

³¹ BRASIL, Emenda Constitucional nº29 , de 13 de set de 2001 Altera os arts 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

É interessante sabermos que as empresas multinacionais não podem participar do sistema de saúde privado conforme dispositivo 199, §3º da CF³² justamente pelo fato das empresas brasileiras se manterem no mercado, evitando o monopólio internacional no setor, o que seria ruim para o País.

Sobre o âmbito ainda da natureza complementar da saúde privada, a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/1990) reforça em seu dispositivo 24, esta ideia de quando houver a indisponibilidade do SUS em garantir determinada cobertura assistencial, este poderá recorrer à iniciativa privada, no entanto sempre respeitando as normas e fundamentos do direito público.³³

No entanto a iniciativa privada na saúde não vem apenas como um fator complementar ao SUS, mas sua primordial finalidade é dar assistência através de um serviço prestado de forma particular, devendo, no entanto respeitar a normatização do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), assim como a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90) e a Lei de Planos de Saúde (9656/98)³⁴. Com base na Lei Orgânica de Saúde, o dispositivo 20 discorre que:

“Os serviços prestados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde”.³⁵

³² Ibidem

³³ “Dispositivo 24: Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde –SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada

“Parágrafo único: A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.” BRASIL, Lei 8.080/90 de 19 de set de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

³⁴ “Pelo artigo 4º da Lei 8078/90, com redação da Lei 9008/98, a Política Nacional das Relações de Consumo terá por objetivo o atendimento as necessidades dos consumidores, o respeito da sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência das relações de consumo”. - DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol.7, p.424.

³⁵ BRASIL, Lei 8.080/90 de 19 de set de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

Já a Lei de Planos de Saúde regula a legitimidade das empresas a prestarem esta assistência por iniciativa própria, bem como o meio (plano de saúde) que estas utilizam para dar cobertura à prestação.

Este prestamento no âmbito privado decorre de um acordo contratual em que as operadoras de saúde se obrigam a garantir o fornecimento de serviço à saúde aos consumidores, sempre que necessário, mediante uma contraprestação pecuniária mensal.³⁶ Há, portanto, a exploração com lucro, transformando a atividade da iniciativa privada em comercial³⁷.

Na linha de pensamento de Maury Ângelo Bottesini, é,³⁸ uma venda especial estipulada em um contrato que deve obedecer a princípios fixados em lei, pois decorre de uma obrigação em que o princípio do risco é o que se tem premissa, se tratando então de um contrato aleatório. Afinal o adquirente não pensa em utilizar aquilo que adquiriu que no caso é a cobertura da cura de uma doença.

Convém ressaltar, todavia, que os planos de saúde não são operados apenas por empresas operadoras de saúde que com o efeito de credenciamento de médicos e hospitais formam as redes de serviços que oferecem os planos. Mas também são operadas por empresas de medicina de grupo ou por corporativas de serviços médicos³⁹, como no caso da Unimed. No entanto, na realidade, todas tem em comum a contraprestação pecuniária para cobrir os riscos de eventual doença do consumidor.

Pode-se afirmar que nas relações privadas, para a eficácia do direito a saúde, segundo Maurilio Casas Maia, ocorrem dois deveres básicos: o dever geral do respeito e o dever geral da proteção, com base na solidariedade e subsidiariedade.⁴⁰

³⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Planos de Saúde e direito do consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais, p.15.

³⁷ BOTTESINI, Maury Ângelo. *Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense.p. 48.

³⁸ Ibidem

³⁹ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 218.

⁴⁰ MAIA, Maurilio Casas. *O direito a saúde à luz da constituição e do código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor.São Paulo. Revista dos Tribunais. p.205.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 164.084-SP, consolidou a jurisprudência que “a prestadora de serviços à saúde é responsável, concorrentemente e solidariamente, pela qualidade de assistência e direito à saúde, sob pena de não fruir da cobertura prometida.”⁴¹

Nesta esteira, percebemos que a iniciativa privada caminha paralelamente com a saúde pública, trazendo uma maior proteção ao direito à saúde para a sociedade, respeitando muito dos princípios que a iniciativa pública obedece. No entanto, não se deve confundir ambas atividades já que são distintas com conhecimentos jurídicos específicos, porém não se esquecendo que o objeto maior é a proteção à saúde, esta sim é o ponto que ambas compartilham.

1.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Ao analisar os contratos de planos de saúde na iniciativa privada, não se pode deixar de mencionar as diretrizes do Código Civil de 2002 e delimitar, de maneira breve, os princípios básicos do contrato. Parece evidente que as normas do Código Civil são de suma importância para qualquer relação jurídica contratual, ainda que regida por outra norma. Funcionar um instituto jurídico neste âmbito sem atentar às exigências e valores que o novo Código Civil traz é como limitar-se a um grupo de normas.

Em outros tempos as pessoas eram livres para contrair as obrigações das mais diversas, nas condições que desejavam, sem a imposição da lei. Porém, os contratos eram para serem cumpridos, mesmo com cláusulas ilegais ou abusivas.

Após a edição do Código Napoleão, a autonomia de vontade e a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) encontraram seu ponto culminante no direito dos contratos. Porém esta noção de contrato gerou situações de suprema injustiça e um individualismo exagerado, desequilibrando e desigualando os contratantes.⁴²

⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 164.084-SP. Relator Ministro Aldir Passarinho Jr., 4ª Turma. DJe.30.04.2009

⁴² STRECK, Lenio Luiz. Hermeneutica jurídica em crise. *Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 243.

Sob esta ótica, o Código Civil Brasileiro de 2002, trouxe o princípio da boa-fé objetiva, desta forma, mesmo havendo a autonomia de vontade do indivíduo e a *pacta sunt servanda*, as cláusulas contratuais deveriam conter um equilíbrio, honestidade e justiça entre as partes⁴³.

Atualmente, o Estado vem como um limitador das vontades individuais, através, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, as partes do contrato não possuem mais aquela autonomia como antes, e o contrato não possui mais a força obrigatória que antes possuía⁴⁴. A qualquer momento o contrato pode tornar-se nulo, se constatar cláusulas abusivas ou ilegais. Em contrapartida, se este mesmo contrato revelar a boa-fé, a transparência, o equilíbrio, a função social do contrato e cláusulas lícitas, este contrato tem validade no ordenamento jurídico.

Neste liame, trazendo esses princípios aos contratos de plano de saúde, o julgador poderá repreender abusos dos segurados, que algumas vezes agem de má-fé. Bem como rejeitar condutas abusivas das seguradoras, como por exemplo, negar autorização para procedimentos cobertos pelos contratos ou quando criam dificuldade para custear intervenções médicas e hospitalares, cujo pagamento está previsto no contrato ou propriamente na Lei.

1.3 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA SAÚDE SUPLEMENTAR

De igual modo, é inegável que as relações de planos de saúde deverão ser norteadas pelas normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Como afirma o autor Guilherme Valdetaro Mathias, o Código de Defesa do Consumidor exige sua aplicação nos contratos de plano de saúde, pois há a relação fundamental entre fornecedor e consumidor prevista no próprio Código.⁴⁵

As seguradoras de saúde são típicas fornecedoras de serviços, definido no dispositivo 3º do Código de Defesa do Consumidor, que oferece através dos convênios de saúde a

⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.405.

⁴⁴ MATHIAS, Guilherme Valdetaro, *Planos de Saúde*. Rio de Janeiro: Forense. Pag.99.

⁴⁵ MATHIAS, Guilherme Valdetaro, *Planos de Saúde*. Rio de Janeiro: Forense. Pag.112.

prestação do serviço médico. De contra partida, o consumidor é o segurado, considerado como destinatário final daquela prestação de serviço.⁴⁶

Esta aplicação serve para preencher as lacunas da Lei 9.656/1998 (que surgiu para regulamentar os planos de saúde). À vista disso, este código serve como base essencial nessa relação de consumo, cuidando de assuntos relevantes que a lei citada não atentou. De igual modo evitando qualquer incompatibilidade de normas e buscando um equilíbrio para proteger o consumidor ou as operadoras de saúde de práticas abusivas e condutas irregulares.

No entanto, certa divergência ocorre, pois apesar da aplicação do Código de Defesa do Consumidor estar prevista legalmente no dispositivo 35-G da Lei 9656/98, esta menciona que o as normas do CDC se aplicam subsidiariamente nos contratos de planos de saúde as disposições do Código.⁴⁷ Nesse sentido, a doutrina majoritária discorda, como Claudia Lima Marques mesmo pontua:

“Este artigo da lei especial não está dogmaticamente correto, pois determina que norma de hierarquia constitucional, que é o Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT), tenha apenas aplicação subsidiária a normas de hierarquia infraconstitucional, que é a Lei 9.656/98, o que dificulta a interpretação da lei e prejudica os interesses dos consumidores que queria proteger. Sua ratio deveria ser a de aplicação cumulativa de ambas as leis, no que couber, uma vez que a Lei 9.656/98 trata com mais detalhes os contratos de planos privados de assistência a saúde do que o Código de Defesa do Consumidor, que é norma principiologica e anterior a lei especial. Para a maioria da doutrina, porém, a Lei 9.656/98 tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o Código de Defesa do Consumidor servir como Lei geral principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor, em especial na interpretação de todas as cláusulas na maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). Particularmente defendo, em visão minoritária, a superioridade hierárquica do CDC.”⁴⁸

Assim como Cláudia Lima Marques, o STJ também se pronunciou com este entendimento na Súmula 469, em que é fundamental a necessidade de aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, mesmo

⁴⁶ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de set de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

⁴⁷ BRASIL, Lei 9.656 de 03 de jun de 1998 Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 548.

que estes contratos estejam sob a ótica de uma norma mais atual e específica.⁴⁹ Luis Felipe Salomão se pronunciou nas seguintes palavras:

“Tratando-se de contrato de plano de saúde de particular, não há dúvidas de que a convenção e as alterações ora analisadas estão submetidas ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, ainda que o acordo original tenha sido firmado anteriormente à entrada em vigor, em 1991, dessa lei. Isso ocorre não só pelo Código de Defesa do Consumidor ser norma de ordem pública (art. 5º, XXXII, da CF/88), mas também pelo fato de o plano de assistência médico-hospitalar firmado pelo autor ser um contrato de trato sucessivo, que se renova a cada mensalidade.”⁵⁰

Nesse sentido, todos os direitos e princípios declarados pelo Código de Defesa do Consumidor devem ser utilizado se aplicados junto à lei especial para regulamentar todas as relações que envolvem assistência privada à saúde.

Ao falar dos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor, Maria Stella Gregori, traz três princípios básicos que devem orientar todo o sistema jurídico: a vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé objetiva e a transparência.

O Código constata que o consumidor é o elo mais fraco da relação contratual, sendo totalmente vulnerável ao fornecedor. O fornecedor, como sujeito mais potente da relação pode ferir consideravelmente o consumidor, principalmente no âmbito econômico, pela sua supremacia tanto econômico-social, como a informacional no mercado de consumo. Adalberto Pasqualotto conceitua que o consumidor é “afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem econômica, pela pressão das necessidades, pela influência da propaganda.”⁵¹

O princípio da boa-fé, tanto objetiva quanto a subjetiva, que é utilizado do Código Civil, como Maria Stella Gregori bem menciona⁵², deve ser requisito para que haja a harmonização dos interesses das partes, sem que prejudique uma a outra. A boa-fé é talvez o

⁴⁹ BRASIL, Súmula 469 Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0469.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça,. Recurso Especial 418.572/SP, rel. Luis Felipe Salomão, DJe 30.03.2009

⁵¹ PASQUALOTTO, Adalberto. *Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor 6/36, São Paulo: RT, abr-Jun. 1993.

⁵² GREGORI, Maria stella. *O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos planos de saúde*. Revista de Direito do Consumidor. p. 344. São Paulo. Revista dos Tribunais. Ano 20.78 Abr-Jun 2011.

mais importante princípio do direito contratual. É um dever imposto às partes de agir com lealdade, não utilizando condutas que ferem as expectativas e os direitos da outra. Para Rizzato Nunes:

“O princípio da boa-fé tem como função viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, compatibilizando interesses aparentemente contraditórios, como a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico. Com isso, tem-se que a boa-fé não serve somente para a defesa do débil, mas sim como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica”.⁵³

Recentemente o STJ frisou que a “operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado”.⁵⁴ A jurisprudência teve a oportunidade de frisar: “Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo”. Claudia Lima Marques conceitua que:

“O princípio da boa-fé é, portanto, um princípio limitador do princípio da autonomia de vontade, criando novos deveres contratuais com o ambicioso fim de atingir a equidade contratual. O desequilíbrio significativo de direitos e deveres, em detrimento do consumidor, na relação contratual, é vista como um indício de abuso.”⁵⁵

O dever de agir com transparência, princípio este que também norteia o CDC, impõe ao fornecedor informações corretas sobre sua prestação de serviço para que haja confiança. A informação é fundamental no sistema de consumo, afinal informação errada ou omitida gera responsabilidade.⁵⁶

Estabelece o CDC, em seu dispositivo 6º, III,⁵⁷ que o fornecedor tem o dever de prestar “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem.”. O equilíbrio é outro princípio que pretende a realização de

⁵³ NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.128.

⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 418.572, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 30/03/09.

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1999

⁵⁶ NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito do Consumidor*, à luz da jurisprudência do STJ. 4. ed. Rio de Janeiro. Jus PODIVM. 2009

⁵⁷ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de set de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

um contrato consumerista. Para Rizzato Nunes, “relações jurídicas equilibradas implicam a solução de tratamento equitativo”,⁵⁸.

Por fim, não se devem ignorar os princípios constitucionais que fundamenta as relações contratuais ainda que indiretamente, como o da dignidade da pessoa. Como postula Rizzato Nunes, “é uma garantia fundamental que ilumina todos os demais princípios e normas e que a ela devem respeito.”⁵⁹ Proteção à vida, saúde e segurança também são direitos atrelados ao princípio da dignidade, tendo o CDC assegurado expressamente a sadia qualidade de vida com saúde do consumidor.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, e sua consequente proteção pelo ordenamento jurídico, não pode desfavorecer o fornecedor. O que o Código de Defesa do Consumidor visa é numa harmonia e equilíbrio entre os interesses.⁶⁰ Por isso, o CDC, ao estabelecer a Política Nacional das Relações de Consumo, em seu dispositivo 4º, assegura o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.⁶¹.

1.3.1- CONTRATOS DE ADESÃO

É evidente que contratos de assistência à saúde são contratos de adesão. Com a “massificação das relações de consumo”⁶² o fornecedor estabeleceu este tipo de contrato no âmbito comercial, visando uma conduta produtiva e comercial, porém atendendo de maneira pronta e ágil a demanda de consumidores.

Todavia deve-se definir que este contrato não se admite a negociação ou a modificação das cláusulas que, ocasionalmente, não atendem alguns interesses e necessidades do consumidor. As cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor, e deve o consumidor aceitar

⁵⁸ NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 128.

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito do Consumidor*, à luz da jurisprudência do STJ. 4ª edição. Rio de Janeiro. Editora Jus PODIVM. 2009.

⁶¹ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de set de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

⁶² BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvérsias no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. v.4. p. 146.

ou não todas as condições no contrato sem a possibilidade de questionar ou modificar o seu conteúdo.

Karyna Silveira trazendo este conceito aos contratos de plano de saúde, adverte que “aos consumidores não resta alternativa, ou aderem às condições preestabelecidas dos contratos de adesão ou não usufruem do serviço à saúde que tanto necessitam”.⁶³

Como a população brasileira vem migrando a cada ano para a saúde suplementar, estes destinam parte de seu orçamento para pagar os planos de saúde, procurando focar na prevenção. Assim, estes contratos se tornam de longa duração, acompanhando o consumidor pela vida toda.

Assim, os planos de saúde, por serem contratos de adesão, tem a obrigação de garantir ao consumidor o acesso e a efetiva ciência de todas as cláusulas do contrato. Bem como, que o segurado tenha prévio conhecimento das condições contratuais, através de informações claras e corretas, com redação precisa e compreensível, destacando – se aquelas que limitam seus direitos conforme prevê o dispositivo 54, §4º do CDC. O objetivo do Código de Defesa do Consumidor é evitar o segurado a indução ao erro, dolo ou qualquer espécie de simulação por parte da seguradora. Portanto não basta apenas que o consumidor tenha lido as cláusulas do contrato de adesão, mas que ele as tenha entendido.⁶⁴

Cláudio Bonatto e Paulo Moraes advertem que muitas vezes estes contratos de adesão, trazem em seu corpo contratual, cláusulas abusivas, ofendendo direitos básicos do consumidor.⁶⁵ O contrato de adesão, como tal, não é abusivo. Ele é considerado necessário para as relações comerciais. O abuso se encontra, nas cláusulas que “não tendo constituído o objeto de uma negociação individual”⁶⁶, cria em detrimento do consumidor um desequilíbrio entre os direitos e obrigações. Adverte Sergio Cavalieri⁶⁷ que:

⁶³ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Tudo que você precisa saber sobre Planos de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7.

⁶⁴ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Tudo que você precisa saber sobre Planos de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7.

⁶⁵ BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvérsias no Código de Defesa do Consumidor*. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2003. Vol.4 p. 146.

⁶⁶ Ibidem

⁶⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas. 2010,2. ed. p. 138.

“Esse método de contratação padronizada oferece inúmeras vantagens em termos de racionalização, rapidez, praticidade, segurança e economia, no entanto, lamentavelmente, proporciona a prática de abusos de toda a sorte. O consumidor adere ao contrato sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboram sem conhecer suas cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboram, mas nem sempre essa confiança é correspondida.”

Visando a proteção contratual, deve-se então usar um instrumento eficiente para evitar este desequilíbrio, que é o tipo de interpretação que deve ser dada a estes contratos, como observa Nelson Nery Junior ⁶⁸. As cláusulas contratuais neste modelo de contrato deveram ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, por se tratar de contrato de adesão, e por se tratar da parte considerada a mais vulnerável pelo Código de Defesa do Consumir.

1.3.2 *MUTUALISMO*

Uma das principais características dos contratos de plano de saúde é o mutualismo. O consumidor paga uma prestação pecuniária contínua à operadora de saúde, e esta cobre os riscos e eventos decorrentes da saúde através de assistência médica. A contribuição do segurado formará um fundo comum de onde sairão os recursos para o pagamento dos sinistros. ⁶⁹

Para Luiz Augusto, o que torna o plano de saúde “vantajoso e justo” entre segurados e seguradoras é a “sua estrutura baseada no mutualismo.”⁷⁰ Para o doutrinador o mutualismo, dentro do plano de saúde, funciona apropriadamente “sob condição dos segurados serem solidários dentro de seu mesmo perfil de risco.”⁷¹ Desta forma, formará o fundo financeiro através da contribuição de vários segurado, tendo em visto que o risco esteja protegido pela seguradora de saúde.

Este mutualismo constitui a base do seguro, a operadora ao negar algum procedimento médico, seja algum tratamento ou até mesmo assistência médica, ela não estará efetuando sua contraprestação contratual, e nem respeitando o princípio do mutualismo, onde para assegurar uma efetividade do contrato, há de se haver uma prestação e contraprestação entre as partes.

⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil anotado*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. p.537.

⁶⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Os Contratos de Plano de Saúde*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010. p. 197 - 198.

⁷⁰ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Editora Forense, Rio de Janeiro, p.72.

⁷¹ Ibidem

1.3.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Todo contrato deve cumprir sua função social, constitucionalmente assegurado pelo dispositivo 5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal. Observando, no entanto, princípios constitucionais de maior magnitude⁷², que são o da dignidade da pessoa humana (art 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I) e da justiça social (art. 170, caput).

Assim, o contrato de plano de saúde tem a função social devendo ser assegurada, inclusive pelas operadoras de saúde. Por lidar com cuidados relativos à saúde do ser humano, a relevância e supremacia são destacadas, não devendo ser considerado um contrato qualquer. A função social deste contrato no mercado de consumo deve ter um cuidado e realce maior diante dos outros objetos contratuais, até mesmo por ser de relevância pública e interesse de todos, conforme traz o dispositivo 197 da Constituição Federal.⁷³

Destarte, todas as operadoras de saúde não devem em tempo algum desatender sua função social que é assegurar ao consumidor, quando este necessitar, acesso a serviços de assistência à sua saúde, com qualidade e presteza, nos moldes do plano contratado, sem ferir o objetivo maior que é a saúde do segurado.

1.4 DIÁLOGO DAS FONTES

Não se pode negar, que o setor privado da saúde é norteado por diversas normas e princípios, principalmente pela Lei 9.656/98 que surgiu diretamente para disciplinar os planos de saúde, no entanto não podendo desprezar o Código de Defesa do Consumidor.

Neste passo, a teoria do diálogo das fontes surgiu para solucionar o conflito de leis sobre um fato concreto, idealizando que mesmo que as normas pertençam a ramos jurídicos diferentes, elas não se excluem, e sim se complementam. Esta teoria foi criada por Erik Jayme, e trazida pela Cláudia Lima Marques para uma aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da legislação especial.

⁷² SAMPAIO, Aurisvaldo. *Os Contratos de Plano de Saúde*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 2010. p. 197 - 198.

⁷³ SAMPAIO, Op. Cit, p.200

Conflito de leis, no ver de Claudia Lima Marques, é quando duas ou mais normas estariam em “conflito” ao serem aplicadas a um caso concreto, como por exemplo, o Código de Consumidor de 1990 e o Código Civil de 2002. Desta forma caberia ao magistrado decidir, escolhendo qual norma usar através da prevalência de uma e consequentemente a exclusão da outra.⁷⁴

É desta maneira, que Erik Jayme propõe ao sistema doutrinário, a harmonia destas fontes, para que não haja a exclusão. Para o autor, em face do atual “pluralismo pós-moderno”, ressurgue a necessidade de aplicação coerente entre as fontes num mesmo ordenamento para um “sistema jurídico mais eficiente e justo”.⁷⁵

Cláudia Lima Marques complementa Erik Jayme ao diferenciar essa teoria em três tipos de “diálogo” possíveis entre as normas: O “diálogo sistemático de coerência”, que é quando uma norma pode servir de base conceitual para outra norma, principalmente se uma lei é geral e a outra especial, o “diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade” é quando uma norma complementa a outra, e por fim o “diálogo de das influências recíprocas sistemáticas”, quando é possível uma redefinição na aplicação da lei, pois sofreu influências de outra norma.⁷⁶

As questões que envolvem plano de saúde exigem o diálogo das fontes, principalmente entre o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9656/98. Ainda é valido adentrar neste diálogo as resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que regulamenta e fiscaliza de maneira mais específica os planos de saúde.

Nessa esteira, o Código Civil traz os princípios dos contratos, que são utilizados no Código de Defesa do Consumidor, princípios estes que são primordiais, como a boa fé objetiva. Bem como a flexibilidade de um contrato, que perde o valor de “*pacta sunt servanda*” no Código Civil, se tornando um contrato que pode se tornar nulo ou ter suas cláusulas abusivas alteradas pela previsão do Código de Defesa do Consumidor.

⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147.

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 409.

A Lei especial 9656/98 apesar de ser uma norma que dispõe mais especificadamente sobre planos de saúde, esta é regida pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Como sustenta Aurisvaldo Sampaio, o CDC e a Lei especial devem ser utilizados simultaneamente, sobretudo reconhecendo que o CDC contém caráter principiológico, este oferece preciosos elementos para aplicação da Lei.⁷⁷ O STJ já entendeu, através da súmula 469, que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é de suma importância para os contratos de plano de saúde. No dizer de Claudia Lima Marques:

“[...] efetivamente hoje não há mais dúvidas em nosso País sobre a aplicação de normas do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por médicos, hospitais e clínicas privadas, seja na medicina individual ou em grupo, mediante seguro de saúde ou planos de saúde.”⁷⁸

Embora todos os princípios do CDC sejam aplicáveis aos planos de saúde, Aurisvaldo Sampaio afirma que a doutrina destaca a incidência do art. 47, que determina “a interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor, como forma de proteção à parte mais fraca da relação de consumo, fragilidade, sem dúvida, potencializada quando se trata da proteção à sua saúde e vida”.⁷⁹

Desta maneira, ao contratar uma empresa de plano de saúde, a complementariedade das normas trará maior eficácia e soluções mais justas, a relação é regida pela complementariedade das normas, pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor.

⁷⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. Revista dos Tribunais. 2010. p 98.

⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 410.

⁷⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. Editora Revista dos Tribunais. 2010. p.98.

2. OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

2.1 LEI 9.656/1998

A Lei 9.656/98 surgiu para disciplinar os serviços de saúde, bem como normatizar essa atividade, respeitando os princípios do Código de Defesa do Consumidor e trazendo alguns reflexos do Código Civil Brasileiro de 2002. Além de regulamentar os contratos no âmbito privado da saúde, a lei traz limites na liberdade de contratar, vetando determinadas estipulações e tornando obrigatórias outras. Esta Lei especial também disciplina qual a abrangência dos planos, a cobertura assistencial, os procedimentos e eventos cobertos e não cobertos, as carências, doenças e lesões preexistentes, além de estabelecer normas de controle de ingresso, permanência e saída das operadoras nesse mercado, a fim de preservar sua sustentabilidade e transparência.⁸⁰

Além de reger os modos de funcionamento de uma operadora de saúde, as formas de encerramento de suas atividades e as hipóteses de suspensão de planos, a Lei, a todo modo, atribui a ANS a capacidade e o poder de fiscalizar, normatizar e controlar as operadoras e seus planos de saúde. Assim sendo, ao declarar em seu dispositivo 10º que os planos devem cobrir todas as patologias listadas pela OMS, ela concede à ANS, neste mesmo dispositivo em seu parágrafo 4º, que defina normas para a amplitude de cobertura, inclusive para os procedimentos de alta complexidade. Deste modo, qualquer exclusão de procedimento necessário ao tratamento de doença listada pela OMS, é ilegal visto a interpretação da Lei.⁸¹

O contrato de plano de saúde enseja num pacto na qual uma das partes, no caso a operadora de saúde, detém a obrigação diante da outra parte, o segurado, em proporcionar a cobertura dos riscos à saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares ou odontológicos em rede privada, ficando responsável pelo pagamento direto ao prestador dos serviços, ou na forma de reembolso aos segurados pelas despesas efetuadas. Trata-se de um contrato que possui prazo indeterminado, e como regra, obriga ao consumidor, o pagamento de contraprestação mensal já previamente e legalmente definidas em contrato.

⁸⁰ GREGORI, Maria Stella. *O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos planos de saúde*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais. Ano 20.78 Abr-Jun 2011. p.344.

⁸¹ BRASIL, Lei 9.656 de 03 de jun de 1998 Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 23 mar. 2014.

Esta lei experimentou diversas mudanças desde que surgiu para se adaptar à realidade, em razão da constante perda de qualidade do sistema público de saúde e pelo aumento de adesão ao sistema privado de saúde. Assim sendo, foram veiculadas à lei diversas Medidas Provisórias (atualmente em vigor a MedProv 2.117-44), bem como atos normativos de hierarquia inferior originários do Conselho de Saúde Suplementar (Consu) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).⁸² Aurisvaldo Sampaio sustenta que:

“a verdade é que não foi a LPS que “inventou” os seguros e planos de saúde, sendo certo que preexistiam à Lei 9.656/1998, em moldes aproximados aos que aqui se apontou preocupando o legislador, por esta razão, não atropelar a realidade, mas ajustar-se a ela.”⁸³

À vista disso, pela atividade de prestação de saúde existir antes de serem regulamentadas por Lei específica, existem dois tipos de contratos de planos de saúde, os contratos celebrados antes da vigência da Lei 9.656/1998 e os firmados depois da vigência da Lei 9.656/1998.

Na luz da doutrina os planos antigos não estarão submetidos à Lei 9.656/1998, todavia devem respeitar o Código de Defesa do Consumidor. Já os planos novos são firmados após a vigência da Lei 9.656/98, devendo obviamente respeitar os ditames da lei e consequentemente as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. Existem ainda, considerados dentro da espécie de planos novos, os planos adaptados, que foram celebrados antes da lei 9.656/98, porém por correção contratual, foram adaptados às regras da Lei 9.656/1998, devendo então ser submetidos regras da referente lei.

A Lei 9.656/1998 pretendia proteger todos os planos de saúde, porém o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional esta pretensão dos contratos antigos serem tutelados pela nova lei, suspendendo, então, parte dos efeitos do dispositivo 35-E e alterando o §2º do artigo 10.⁸⁴

O §2º do dispositivo 10º, o qual foi alterado, mencionava que as operadoras ofereceriam “obrigatoriamente” o plano-referência para “todos” os seus atuais e futuros consumidores. Este parágrafo foi substituído, para retirar aqueles segurados que optaram a

⁸² SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 188.

⁸³ SAMPAIO, Op.Cit, p. 190.

⁸⁴ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Tudo que você precisa saber sobre Planos de Saúde*. Saraiva, 2009.

continuar com o contrato antigo e suas incidências. Desta forma as operadoras oferecerão obrigatoriamente o plano-referência para todos seus consumidores que firmaram o contrato apenas a partir de 03 de dezembro de 1999. A respeito dessa matéria, a ANS dispôs:

“Se seu contrato foi assinado após janeiro de 1999, ele está totalmente amparado pela nova legislação. Os contratos novos têm que oferecer todas as garantias previstas na Lei 9.656/1998, quanto à cobertura assistencial, cobertura geográfica, rede de serviços, prazo de carência e aumento de mensalidade, entre outras”.⁸⁵

Referente aos contratos antes da vigência da Lei 9.656/1998, a ANS ainda completa:

“Os planos antigos (individuais ou familiares) não têm registro na ANS e estão proibidos de ser comercializados desde janeiro de 1999. São, também, intransferíveis, sob qualquer pretexto. Somente o titular e seus dependentes inscritos antes da entrada em vigor da nova lei têm a garantia de permanência no plano. Quando previsto no contrato, é possível a inscrição apenas de novos cônjuges e filhos.”⁸⁶

Como se sabe a Lei 9.656/98 não retroage para atingir um contrato celebrado por segurado que escolheu manter seus planos antigos sem adaptação. E era essa a corrente firmada sobre a incidência da Lei 9.656/1998 nos planos antigos. Porém, atualmente os tribunais vêm interpretando de maneira diferente sobre essa matéria, o que tem gerado muita discussão, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal que já reconheceu a repercussão geral na questão da aplicação retroativa das leis sobre planos de saúde.⁸⁷

O entendimento da jurisprudência que vem surgindo é que mesmo que os contratos de planos de saúde tenham sido celebrados antes da vigência da Lei 9.656/1998, estes contratos são renovados anualmente pelas operadoras, desta maneira, estes devem ser classificados como contratos de “trato sucessivo”. Contrato este, que a doutrina conceitua como uma obrigação que se satisfaz por meio de atos continuados.⁸⁸ O cumprimento da prestação dos

⁸⁵ Agência Nacional de Saúde Suplementar, quem somos. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2013.

⁸⁶ idem

⁸⁷ “Direito intertemporal – Aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde- Repercussão geral reconhecida. Há repercussão geral na questão sobre a aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde aos contratos firmados antes da sua vigência, à luz do art. 5º, XXXVI, da CF”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 578801-RS, Repercussão Geral, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16.10.2008, DJe 30.10.2008

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito das Obrigações (Parte Geral)*. v. 5. Rio de Janeiro. Saraiva. 8 ed. 2007.

planos de saúde não cessa em um só ato, e sim em uma continuidade enquanto o contrato entre a seguradora e o segurado for válido, ou este for renovado. Neste liame, para alguns é devida a aplicação da Lei 9.656/1998 aos planos antigos.

Até mesmo porque, a medicina é uma ciência que nunca para no tempo. As doenças estão em constante mudança, assim como os tratamentos, que vem avançando de maneira significativa conforme a modernidade e os estudos cada vez mais profundos e específicos. Desta forma, as técnicas e os instrumentos que eram usados há muito tempo, possivelmente foram modificados.

O entendimento principal de alguns magistrados ao aplicar em alguns casos a Lei 9656/1998 aos antigos contratos, é visando equiparar e assegurar ao segurado de plano antigo as mesmas condições de prestação à saúde. Pode-se imaginar um segurado que celebrou há muitos anos um contrato com uma seguradora, e que por algum motivo seu plano não foi adaptado. Este segurado teve um enfarto, e entre a vida e a morte, foi submetido a uma cirurgia, onde foi necessária por exemplo a colocação de dois stents. Seu contrato era completo, e previa cirurgias, bem como tratamentos para enfartados. Porém, há muitos anos atrás, não havia esse avanço e não existia esse tipo de procedimento para ser utilizado como solução para pessoas que possuem problemas cardíacos e certamente, no contrato antigo deste segurado, não previa a colocação de stents. Seria correto a seguradora não cobrir as despesas deste enfartado que possuía um contrato que previa assegurar tratamentos àqueles com doenças cardíacas, porém sem a previsão destes tratamentos avançados pelos anos? ⁸⁹

Ainda que a discussão seja grande, e alguns tribunais estejam adotando este novo entendimento, a corrente e a doutrina ainda é predominante pelo conceito anterior, onde se houver conflito de interesses entre o segurado e a seguradora de planos de saúde, se entende

⁸⁹ “Apelação cível – Plano de saúde-Julgamento antecipado – cerceamento de defesa não configurado – ilegitimidade passiva- Relação jurídica de direito privado- Aplicabilidade da Lei 9.656/1998 – contrato de trato sucessivo – Doença crônica – cláusula abusiva – nulidade – recurso não provido. I- A verificação da suposta abusividade da cláusula é matéria exclusivamente de direito, sendo desnecessária dilação probatória. II. O caso em comento se funda na averiguação de cobertura securitária adstrita a plano de saúde. E uma vez que a própria Constituição Federal autoriza a assistência à saúde pela iniciativa privada, no art. 199, incoerente a tese de ilegitimidade passiva, bem como a possibilidade de denúncia da lide à União Federal. III- A natureza sucessiva do contrato permite a aplicação da nova lei sem afrontar o ato jurídico perfeito. IV. – Cláusula excludente de cobertura das doenças crônicas tem cunho subjetivo o bastante para dificultar o entendimento de abrangência. Interpretação que compulsoriamente deve ser feita de maneira mais favorável ao consumidor. Sentença mantida. V – Recurso de apelação não provido.”- TJPR, 9;ª Câmara, ApCiv 0542982-7 – Curitiba, rel Juiz Substituto de 2º Grau Antonio Ivair Reinaldin, v.u., j. 05.02.2009, Dj 108.

que não é aplicável a Lei específica em contratos antigos. Felipe Carnelossi Furlaneto impulsiona essa divergência ao dizer:

“Ora, em que pese posicionamento diverso jurisprudencial, quando se tratar de contratos antigos, deve se ater aos termos e cláusulas expressos no contrato, em conformidade com os princípios da *pacta sunt servanda*, da obrigatoriedade contratual, do direito adquirido e da segurança jurídica, respeitadas as possíveis exceções, tais como as cláusulas abusivas e o *rebus sic standibus*.”⁹⁰

De outra sorte, contratos posteriores à vigência da Lei 9.656/1998 não se restringem apenas a força dos termos e cláusulas contratuais, seguindo a teoria *pacta sunt servanda*. Ainda que os termos e cláusulas pactuadas no contrato devem ser respeitados, estes contratos de plano de saúde estão amparados pela Lei específica, pelo CDC e ainda pela ANS, por intermédio de resoluções normativas, podendo estes dispositivos normativos desfazerem ou anularem qualquer poder de cláusula contratual, se constatar abusividade da operadora de saúde.

Merece atenção sobre este assunto, pois o artigo 35-F da Lei 9.656 destaca o Direito à saúde que constitucionalmente está amparada pelo dispositivo 196, ao dispor assim:

“A assistência a que alude o artigo 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e a reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”.⁹¹

Desta forma, com o entendimento de Maury Ângelo Bottesini,⁹² os contratos de planos de saúde privados que possuam impedimento à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, são consideradas violadoras dos princípios protegidos pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela lei referida.

Porém, este mesmo dispositivo traz ao final que sejam “observados os termos desta lei e do contrato firmado entre as partes”, contudo, como já se foi observado, a natureza do

⁹⁰ FURLANETO, Felipe Carnelossi. *Direito à saúde e a iniciativa privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde*. Revista de Direito Privado. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 42 Abr-Jun 2010.

⁹¹ BRASIL, Lei 9.656 de 03 de jun de 1998 Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm - 15.11.2013

⁹² BOTTESINI, Maury Ângelo. *Planos de Saúde*. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 52.

direito à saúde, princípio soberano este, que deve ser aplicado nos contratos de plano de saúde afasta a submissão do consumidor aos limites do contrato firmado.

Segundo Maury Ângelo Bottesini⁹³, é “absolutamente inútil” o legislador mencionar que sejam observados os termos da lei e do contrato. Desta maneira, ele expressa:

“Se a lei contiver disposição que afronte a determinação inicial do dispositivo legal, ela não será aplicada. E se o contrato firmado entre as partes trazer disposição que implique desvio da consecução da ordem inicial do artigo de lei, é evidente que será havida como estipulação não escrita”.

As restrições contratuais devem recuar diante do direito à vida e o direito à saúde, especialmente no que se refere ao “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” que são protegidos pelo dispositivo 196 da legislação suprema que é a Constituição Federal. É notório o caráter social das seguradoras consoante a esse dispositivo Constitucional. Ana Beatriz Bicalho, quando se manifesta acerca dos contratos afirma:

“Os contratos de plano de saúde elaborados após a Lei 9.656/1998 devem prever a cobertura de todas as doenças relacionadas pela Organização Mundial de Saúde, nos termos do seu art. 10. Isto significa que se tornam nulas de pleno direito todas as cláusulas contratuais elaboradas após a promulgação da citada lei que estabeleçam restrições às doenças classificadas pela mencionada Organização.”⁹⁴

Cabe afirmar que por se tratar de maneira específica à saúde, ressalta a relevância pública das ações e serviços de saúde, não podendo ser tratados como uma simples atividade comercial em que se vislumbra o lucro e nada mais.

É evidente que o lucro empresarial que é almejado pelas seguradoras de saúde deve ser considerado, afinal este é o preceito que regula esta atividade. Porém, há de se haver o equilíbrio de interesses entre as partes, buscando a equivalência das obrigações, atentando ao bem maior que é a saúde, como recomenda o Código de Defesa do Consumidor.

⁹³ BOTTESINI, Maury Ângelo. *Planos de Saúde*. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 52

⁹⁴ BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. *Os contratos de plano de saúde e a sua revisão jurisdicional*. RDC, n. 49. São Paulo: RT, jan. 2004.

2.2 OS TIPOS DE PLANOS DE SAÚDE

A essência dos planos de saúde é a cobertura das despesas associadas aos eventos que afetem à saúde do segurado. O dispositivo 16, VI, da Lei 9.656/1998, estipula que o contrato deverá indicar os eventos cobertos e excluídos.

Segundo a Lei de planos de saúde, os contratos podem ser classificados da seguinte maneira: quanto ao regime de contratação e quanto à segmentação de cobertura assistencial. No regime de contratação, são oferecidos no mercado de consumo, por meio de contratação individual ou familiar, coletiva empresarial ou coletiva por adesão.

A contratação individual se dá entre o consumidor e uma operadora de planos de saúde, a qualquer tipo de plano de saúde oferecido no mercado. A contratação familiar se dá quando o consumidor, inclui seus dependentes ou grupo familiar no plano. A contratação coletiva empresarial é aquela que uma pessoa jurídica contrata um plano para atender a uma grupo com vínculo empregatício ou estatutário. Nesta modalidade podem ser incluídos, desde que previsto em contrato, os sócios, os administradores da pessoa jurídica, aposentados, demitidos, agentes políticos, estagiários ou menores aprendizes, trabalhadores temporários, grupo familiar até terceiro grau, cônjuge ou companheiro.

Já a contratação coletiva por adesão tem cobertura à uma massa delimitada, com vínculo à pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, sindicatos, federações e confederações, associações profissionais, cooperativas, caixas de assistência e fundações de direito privado, entidades estudantis previstas nas Leis 7.395 e 7.398. Nesta modalidade poderão ser incluídos o grupo familiar do titular com parentesco de até terceiro grau, além do cônjuge ou companheiro.

Quanto à segmentação de cobertura assistencial os planos de saúde determinam contratualmente quais tipos de segmento serão cobertos pelo plano. São eles, plano-referência, plano-ambulatorial, plano-hospitalar, plano-hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico. Vale ressaltar que as operadoras podem oferecer diferentes combinações de planos.

O plano-referência é obrigatório à todas as empresas de plano de saúde, excluindo-se as operadoras de autogestão e exclusivamente odontológicas. É o plano básico que deve cumprir todas as doenças relacionadas pela OMS e no rol de procedimentos, inclusive cobertura integral nos casos de emergência e urgência. Em suma, o plano-referência constitui a junção dos planos ambulatorial, hospitalar e hospitalar com atendimento obstétrico.⁹⁵

Para Rizzato Nunes, andou bem o legislador, ao instaurar no setor uma concorrência com bases claras, pois as várias ofertas existentes no mercado dificultam ao consumidor distinguir o plano melhor e mais barato.⁹⁶

Já o plano ambulatorial cobre atendimentos em consultórios ou ambulatório. As internações para fins de diagnóstico ou terapia por tempo maior que 12 horas ⁹⁷, não são cobertos por esta modalidade.

No plano hospitalar é coberto atendimentos hospitalares, incluindo internações hospitalares, cirurgias e outros procedimentos. O plano hospitalar com obstetrícia, além dos anteriormente citados, cobre também consultas, exames e procedimentos pré-natal, assistência ao parto e ao recém-nascido, natural ou adotivo, durante os 30 primeiros dias de vida, contados à partir do parto ou adoção.⁹⁸

Dentre todas essas modalidades, o plano-referência é o mais básico e abrangente, e de oferta obrigatória por todas as operadoras de saúde. Este plano é instituído pelo dispositivo 10º da Lei de Planos de Saúde, e regulamentado pela RDC/ANS 7 de 1998.

No entanto, reafirma-se que todos os segmentos de planos de saúde são obrigados a prover assistência para qualquer patologia prevista na OMS, no entanto nos limites de suas respectivas coberturas e amplitudes, com efeito do dispositivo 12 da Lei 9.656/98, em que determina que todas estas segmentações deverão respeitar as amplitudes definidas no plano-referência em que se dedica o dispositivo 10 desta mesma Lei⁹⁹.

⁹⁵ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Tudo o que você precisa saber sobre Planos de Saúde*. Saraiva, 2009. p.20.

⁹⁶ NUNES, Rizzato. *Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde*. (Lei n. 9656/98). São Paulo, Revista dos Tribunais. p.27.

⁹⁷ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Tudo o que você precisa saber sobre Planos de Saúde*. Saraiva. 2009. p.25.

⁹⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 208.

⁹⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

2.3 A ANS

Cumpra-se a importância da Agência Nacional de Saúde Suplementar no âmbito privado de saúde. A ANS é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, atuando em todo o país, cujo objetivo é “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde”.¹⁰⁰ Devendo esta atuar também em prol da situação financeira dos planos de saúde, evitando as falências ao promover a recuperação e liquidação extrajudicial da empresa.

Criada pela Lei 9.961/2000, esta Autarquia Especial regula, normatiza e fiscaliza as atividades das operadoras no âmbito da saúde, inclusive suas relações com seus consumidores, contribuindo consideravelmente para o “desenvolvimento das ações de saúde no País”¹⁰¹, e entre outras atribuições definidas pela Lei.

Contudo, todas as resoluções da ANS devem respeitar a Lei de Planos de Saúde, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal, afinal são normas inferiores.

¹⁰⁰ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Tudo o que você precisa saber sobre Planos de Saúde*. Saraiva, 2009. p.12.

¹⁰¹ Entenda o que é a ANS. Instituto de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/entenda-o-que-e-a-ans>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

3. PAPEL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE E OS LIMITES DE COBERTURA

3.1 O ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE

Devido ao fato da ANS dispor de competência legal definida no dispositivo 3º da Lei nº 9.961/00, em promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde e regular as operadoras de plano de saúde e suas relações com os consumidores, foi criado o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (previsto no dispositivo 4º, inciso III, da Lei 9961/98).¹⁰²

Este rol é uma listagem mínima obrigatória de procedimentos como consultas, exames e tratamentos que os planos de saúde devem oferecer. Vale ressaltar que os procedimentos que estiverem nesse rol deveram ser cobertos obrigatoriamente pelas operadoras de planos de saúde de acordo com o tipo de plano de saúde contratado. Ainda que não estejam escritos expressamente no contrato entre o contratado e contratante, se o procedimento estiver previsto neste rol da ANS, o plano de saúde é obrigado a prestar a cobertura assistencial referente ao caso.

A intenção da ANS ao promover essa lista seria um amplo acesso aos procedimentos atuais na medicina, uma vez que esta avança progressivamente, do mesmo modo que, as doenças estão em constante modificação. À vista disso, com a finalidade de garantir uma plena segurança aos consumidores e uma maior efetivação aos tratamentos, exames e consultas, a ANS dispôs este rol de natureza mínima obrigatória para regular o que os planos de saúde devem oferecer e cobrir aos seus beneficiários.

Como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)¹⁰³ defende “ a limitação ou exclusão de cobertura é uma prática ilegal, porque contraria a própria natureza do contrato de plano de saúde, que tem por finalidade de garantir a saúde integral- e não parte dela”.

¹⁰² Artigo 4º: Compete à ANS: III- elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 12 jan. 2014>.

¹⁰³ Rol de Coberturas, Instituto de Defesa do Consumidor. Disponível em:<<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/rol-de-cobertura-saiba-quais-sao-os-procedimentos-de-cobertura-obrigatoria>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

Destaca-se que operadoras que não cumprirem esta cobertura obrigatória que é prevista nesse rol, serão punidas através de multas por infração cometida.¹⁰⁴ Vale lembrar também, que nem sempre o aumento deste rol, englobando novas coberturas assistenciais pode levar ao aumento nas mensalidades em que o beneficiário custeia. Após a publicação da Resolução que amplia este rol, a inclusão das novas coberturas é avaliada por um ano. Caso a ANS identifique um impacto financeiro das operadoras de plano de saúde, este será avaliado no reajuste do ano seguinte da publicação da resolução em vigor.¹⁰⁵

Visto que os eventos e seus procedimentos médicos tem um progresso célere na medicina, este rol assegurado pela ANS é atualizado a cada dois anos. No dia 1º de Janeiro dos anos pares, um novo Rol entra em vigor. No entanto, os trabalhos de pesquisa para a atualização são contínuos, e conta com a colaboração de um grupo formado por representantes de órgãos de defesa do consumidor, prestadores, operadoras de planos de saúde, conselhos e associações profissionais de saúde, beneficiários e técnicos da ANS.¹⁰⁶

O primeiro rol de procedimentos assentado pela ANS foi o definido pela Resolução de Conselho de Saúde Suplementar – Consu 10/98, sendo então atualizado em 2001 pela Resolução de Diretoria Colegiada – RDC 67/2001, e revisado nos anos de 2004, 2008, 2010, 2012 e 2014, pelas Resoluções Normativas 82, 167, 211, 262 e 338.¹⁰⁷

3.2 ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DE 2014

Em 02/01/2014 entrou em vigor a atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. O novo normativo está previsto na Resolução nº. 338 de 21 de outubro de 2013, que norteia a atenção à saúde por quatro anexos definidos pelo anexo I, que lista os procedimentos de cobertura mínima obrigatória; anexo II, que define as diretrizes de utilização para alguns procedimentos; anexo III que dispõe as diretrizes clínicas na saúde suplementar e o anexo IV que apresenta os protocolos de utilização.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Agência Nacional de Saúde Suplementar, Planos de Saúde e Operadoras. Disponível em: <www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/20131021_rol2014>. Acesso em: 10 mar. 2014.

¹⁰⁵ Ibidem

¹⁰⁶ Agência Nacional de Saúde Suplementar, Planos de Saúde e Operadoras. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

¹⁰⁷ Ibidem

¹⁰⁸ Agência Nacional de Saúde Suplementar, Planos de Saúde e Operadoras. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=2591>. Acesso em: 10 mar. 2014.

Nesta nova revisão do rol, foram incluídos oitenta e sete novos procedimentos e eventos em saúde, estimando no total três mil e cento e noventa e quatro procedimentos sendo divididos em quatro grandes capítulos na Resolução, os quais são¹⁰⁹: Procedimentos Gerais; os Procedimentos Clínicos, Ambulatoriais e Hospitalares; os Procedimentos Cirúrgicos e Invasivos; e os Procedimentos Diagnósticos e Terapêuticos, devendo ser classificados de acordo com o tipo de plano de saúde contratado pelo beneficiário.

A RN nº 338/2013 também traz a previsão de criação de um Comitê Permanente para a discussão do Rol de Procedimentos e Eventos em saúde e a regulamentação da Lei 12.738/2012¹¹⁰ que altera a Lei 9.656/98 para tornar obrigatório o fornecimento e a incorporação de material de saúde utilizado por pessoas ostomizadas¹¹¹, bem como a inclusão de medicamentos antineoplásticos¹¹² orais.

Estes medicamentos orais contra câncer previsto pelo Rol de 2014 e pela Lei 12.738/2012 vêm como um avanço no sistema de saúde, beneficiando diversos pacientes que antes não possuíam esta cobertura. Até 2013, os pacientes tinham que recorrer à Justiça para ter direito ao tratamento com esses medicamentos.

Pelo Rol de 2014 fica previsto trinta e sete medicamentos orais para cinquenta e quatro indicações médicas em trinta e um tipos de tumores.¹¹³ Sendo estes medicamentos orais distribuídos a cargo de cada operadora de plano de saúde, que poderá distribuir diretamente ao

¹⁰⁹ Ibidem

¹¹⁰ BRASIL. Lei 12.738. 30 de Nov de 2012. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para tornar obrigatório o fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, de coletor de urina e de sonda vesical pelos planos privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12738.htm>. Acesso em: 11 mar. 2014.

¹¹¹ Pacientes ostomizados: aqueles que são submetidos à procedimentos cirúrgicos que consistem na abertura de um órgão, mantendo uma comunicação com o meio externo, exemplo: traqueostomia, colostomia, ureterostomia, gastrostomia, entre outros.) Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/folder/atencao_saude_pessoas_ostomizadas.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.

¹¹² Medicamentos antineoplásticos: medicamentos utilizados para destruir neoplasmas ou células malignas, tendo como finalidade de evitar ou inibir o crescimento e a disseminação de tumores. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/livro_eletronico/neoplasia.html>. Acesso em: 11 mar. 2014.

¹¹³ São 31 tipos de câncer previstos no Rol de 2014: Cabeça e pescoço, colorretal, córtex suprarrenal, endométrio, estômago, gástrico, Tumor estromal gastrointestinal, hepatocarcinoma, leucemia aguda, leucemia granulocita crônica, leucemia linfocita crônica, leucemia mielocita crônica, leucemia mielóide aguda, leucemia promielocítica, leucemia linfocita aguda, linfoma de Hodgkin, Linfoma não Hodgkin, Mama, Melanoma, Micose Fungóide, Mieloma Múltiplo, Neuroblastoma, Ovário, Próstata, Pulmão, Retinoblastoma, Rim, Sarcoma osteogênico, Sistema nervoso central, Testículo e Tumor Trofoblástico gestacional. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

paciente ou poderão ser comprados pelo paciente em farmácia com posterior reembolso.¹¹⁴ Porém a Lei 12.738/2012 surge englobando todos os tipos de medicamentos e não apenas os trinta e sete previstos no novo Rol. O que se torna um grande benefício para os consumidores.

O fornecimento dos medicamentos orais para câncer era um dos litígios mais antigos dos consumidores de planos e dos médicos contra os planos de saúde. Estes medicamentos funcionam como uma quimioterapia, porém modernas, causando menos efeitos colaterais e podendo ser administradas em casa.¹¹⁵ Assim sendo, a medicação oral oferece maior conforto para o paciente, reduzindo a necessidade de tratamento em clínicas ou hospitais, e consequentemente evitando gastos com internações hospitalares.

Ainda, o novo Rol inclui a obrigatoriedade da cobertura de radioterapia IMRT¹¹⁶, aonde atinge apenas as células doentes num tumor, preservando as sadias. E também inclui a ampliação da indicação do exame de imagem PET-Scan¹¹⁷, que é um dos mais importantes e modernos exames para o monitoramento detalhado do câncer, e no qual detecta precocemente os tumores ou novos focos. As novas regras também preveem a oferta de exames genéticos, inclusão de vinte e oito cirurgias de videolaparoscopia, o tratamento de dores crônicas nas costas utilizando radiofrequência, o tratamento de tumores neuroendócrinos por medicina nuclear, a ampliação de número de consultas e sessões com fonoaudiólogo, psicóloga, fisioterapeuta e nutricionista, além da cobertura odontológica com a inclusão de cirurgia de gengiva e identificação de acidez.¹¹⁸

¹¹⁴ São 31 tipos de câncer previstos no Rol de 2014: Cabeça e pescoço, colorretal, córtex suprarrenal, endométrio, estômago, gástrico, Tumor estromal gastrointestinal, hepatocarcinoma, leucemia aguda, leucemia granulocita crônica, leucemia linfocita crônica, leucemia mielocita crônica, leucemia mielóide aguda, leucemia promielocítica, leucemia linfocita aguda, linfoma de Hodgkin, Linfoma não Hodgkin, Mama, Melanoma, Micose Fungóide, Mieloma Múltiplo, Neuroblastoma, Ovário, Próstata, Pulmão, Retinoblastoma, Rim, Sarcoma osteogênico, Sistema nervoso central, Testículo e Tumor Trofoblástico gestacional. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

¹¹⁵ Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/vida-util/saude-e-bem-estar/noticia/2014/01/bplanos-de-saudeb-passam-cobrir-medicacao-oral-contr-o-cancer.html>

¹¹⁶ Agência Nacional de Saúde Suplementar “Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Informe_ATS_setembro2009.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.

¹¹⁷ Pet SCAN e suas aplicações na oncologia e planos de saúde Disponível em: <<http://www.cancerinfo.com.br/artigo/petct-e-suas-aplicacoes-em-oncologia-clinica.html>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

¹¹⁸ Agência Nacional de Saúde Suplementar Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=2591> Acesso em: 11 mar. 2014.

Vale lembrar que o Rol de Procedimentos beneficia todos os consumidores que aderiram os planos de saúde a partir de Janeiro de 1999 regulamentados pela Lei 9.656/ ou os adaptados à Legislação. A grande discussão vem diante dos planos de saúde antigos que não foram adaptados às regras da LPS. Como já foi discutido neste presente trabalho, embora os contratos antigos não sofram incidência da LPS, continuam a ser regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, e a interpretação atual deste Código não deixa de considerar os avanços positivados pela nova Lei ¹¹⁹, pois violaria a função social dos contratos e ofenderia a dignidade do ser humano, o direito constitucional a saúde e ao princípio da boa-fé objetiva. Aurisvaldo Sampaio ressalta com argúcia:

“Ora, sem que se pretenda aplicar a *lex nova* a *factumpraeteritum*, inevitável concluir que inúmeras regras da LPS resultam na positivação de garantias que já eram asseguradas aos consumidores – inclusive a amplitude de cobertura – e de condutas que já eram tidas como abusivas pela jurisprudência formada a partir da aplicação da Constituição Federal e, particularmente, do Código de Defesa do Consumidor. Em face disto, percebe-se que, em larga medida, não se criaram direitos novos, mas apenas se explicitou a proteção que já existia, de forma implícita, no sistema jurídico.”¹²⁰

Observando este entendimento, ainda que não haja a incidência direta da LPS sobre os contratos antigos, haverá uma “repercussão indireta, na medida em que seus ditames forem utilizados para orientar a aplicação do CDC ao reprimir as práticas e cláusulas abusivas das operadoras de saúde”. E neste caso, negar um procedimento médico, ainda que não previsto no contrato antigo, viola a função social de um contrato de plano de saúde. Este é o entendimento da jurisprudência que vem surgindo.

3.3 A INTERPRETAÇÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE

Com o advento do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, normatizado pela ANS, a extensa dificuldade enfrentada é a interpretação da cobertura dos procedimentos pelas operadoras de saúde. Deve este aludido rol, ser entendido como meramente indicativo de cobertura mínima a ser proporcionada pelos planos de saúde?

¹¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde*. In: Lopes, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord). *Saúde e responsabilidade de segurose planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p 30.

¹²⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 40, 2010, p. 214.

Inicialmente, devemos repisar que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Fazendo analogia a proteção à saúde pela iniciativa privada, muitos entendimentos e doutrinas sofreram modificações relevantes após o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, no qual concluiu que é obrigação do Estado fornecer o que promete. Ou seja, se há um tratamento legal para alguma doença prevista pela OMS, este tratamento deverá ser coberto.¹²¹

Alguns doutrinadores e magistrados assimilaram este raciocínio com os planos de saúde. Já que, embora distintas as atividades da saúde pública e privada, cada vez mais se percebe a “tentativa de analisar a atividade privada e de formatá-la segundo o padrão do modelo público.”¹²² Afinal o bem jurídico tutelado tanto pelo Estado quanto pelo contrato de iniciativa particular é a saúde. Assim sendo, tais obrigações que originalmente são públicas, seriam assumidas parcialmente pelo sistema privado. Devendo este respeitar o direito fundamental da saúde protegido pelo ordenamento jurídico e inerente à natureza do contrato.

Portanto, se o sistema público não atende a todos de forma satisfatória e adequada e concede à iniciativa privada, através do dispositivo constitucional 199, a participar com seus serviços prestados a saúde, deveria este, no entanto, atender alguns dos requisitos que foram atribuídos ao Estado.

De logo, cumpre aqui repisar que as operadoras de saúde têm por obrigação cobrir todas as patologias previstas e listadas pela OMS, nos limites de cada segmentação do plano de saúde contratado consoante exposto no disposto 10º por força de Lei Federal 9.656/98 e ratificado pelo dispositivo 35-F da mesma Lei, que dispõe assim:

“Dispositivo 35-F. A assistência a que alude o artigo 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”.

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE, Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, Tribunal Pleno, Dje-076, Divulgação: 29.04.2010, Publicado 30.04.2010, Ementa. Vol-02399-01, p.70.

¹²² SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. – Organização e Coord. CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 126.

No entanto, o paradoxo consiste em alguns doutrinadores interpretarem que a ANS ao elaborar um rol, definiu numa lista exaustiva de procedimentos que deveriam ser cobertos obrigatoriamente, ficando excluído dessa obrigatoriedade os que não estão incluídos nessa listagem.¹²³

Ora, como já foi discutido neste trabalho e sob o entendimento de Aurisvaldo Sampaio, se uma Lei Federal determinou cobertura abrangente, não poderia uma norma administrativa ser interpretada, pela sua condição hierarquicamente inferior, como uma limitação.¹²⁴ Qualquer regulamentação da ANS que exclua procedimentos necessários ao tratamento de patologia listada pela OMS é ilegal, não podendo subsistir. Sobre esta questão, todavia, o ensino de Aurisvaldo Sampaio realça que:

“Causa perplexidade a constatação de que, frequentemente, fontes normativas da mais elevada hierarquia no ordenamento jurídico, como a Constituição Federal, e abaixo dela, o Código de Defesa do Consumidor, suas regras, e sobretudo, princípios, são ignoradas quando da elaboração de atos administrativos editados a pretexto de regular os contratos de que aqui se trata. A pirâmide normativa é colocada de ponta-cabeça, numa agressão colossal à concepção sistêmica do direito.”

De acordo com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, “para garantir as coberturas previstas pela Lei 9.656/98 e os direitos do Código de Defesa do Consumidor, o rol deve ser interpretado de forma exemplificativa, e não de forma taxativa”¹²⁵. É fundamental que seja respeitado os preceitos constitucionais e legais, não havendo exclusões de procedimentos, que na prática, não deixaria de ser uma exclusão também de doenças listadas pela OMS.

Sob esta ótica, não se mostra possível então o entendimento de operadoras de saúde ao assimilar que a ANS restrinja direitos assegurados em leis. O rol deve ser interpretado como uma segurança do cumprimento do que dispõe o dispositivo 10º da Lei 9.656, evitando abusos por parte dos planos de saúde.¹²⁶

¹²³ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 270

¹²⁴ Ibidem

¹²⁵ Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor Disponível em: <www.idec.org.br/especial/planos-economicos>

¹²⁶ Ibidem

A qualquer modo, esta situação tem ocasionado diversas lides no Judiciário, uma vez que as operadoras se recusam a cobrir procedimentos que não estão relacionados à ANS.¹²⁷ Para esta parte da corrente os serviços não previstos na resolução da ANS podem ser negados devido a estrita relação contratual entre as partes. Kristian Rodrigo Pscheidt reclama que¹²⁸ :

“Ignorando esta Resolução, o Poder Judiciário evoca outras normas (CF e CDC) e princípios para atender diversos outros serviços médicos, desconsiderando-se um regulamento claro e direto do próprio Estado”.

Acompanhado do pertinente comentário, Kristian Pscheidt realça que o entendimento hoje predominante no judiciário irá afetar o futuro das relações de consumo.¹²⁹ Afinal, os magistrados ao analisar as lides que incidem sobre o Rol de Procedimentos, não atentam aos princípios econômicos do mercado de saúde.

Para essa parte da doutrina, a iniciativa privada não pode ser coagida a assistir à saúde, funcionando como um meio subsidiário do Estado. A estipulação do rol apenas demonstraria a “influência de um modelo público a ser formatado num sistema privado”.¹³⁰

O norte que preside essa concepção é que a atuação das operadoras de saúde deve ser limitada, não devendo se confundir com a atuação do Estado. De igual modo, Henrique Souza destaca que todo cidadão tem o direito à saúde sim, porém garantido pelo sistema do SUS, onde é direito do indivíduo um “atendimento integral, universal e gratuito”, mas ao optar pelo sistema de plano de saúde deve-se levar em consideração que lhe é assegurado uma “cobertura mínima e não gratuita”, a propósito ele continua tendo direito de utilizar o SUS.¹³¹

¹²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme S.J. – Coord. CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos*. São Paulo. Forense. p.20

¹²⁸ PSCHIEDT, Kristian. *A balança jurídica do setor de saúde suplementar no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10758>. Acesso em: 26 mar. 2014.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Coord. CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde- Aspectos Jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.129.

¹³¹ SOUZA, Op. Cit, p.130

Assim, o entendimento é que esta contextualização sempre com ênfase em direitos fundamentais é o que torna o setor “desequilibrado e insustentável”, não respeitando os preceitos de ordem econômica, também previstos em dispositivo constitucional 170.¹³²

Nesse sentido, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça trouxe uma diferenciação eficaz entre a atividade das operadoras de saúde e a atividade ampla do Estado em promover a saúde ao argumentar que o “estado tem dever de proporcionar um amplo e eficaz atendimento de saúde à população” enquanto na iniciativa privada “há que se conformar às regras do contrato”. Apontando ainda que “tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença”.¹³³

Esta decisão fortaleceu a corrente minoritária sobre a interpretação do rol de procedimentos para que as limitações do rol de procedimentos fossem válidas. Nesse sentido Kristian Pscheidt considera que:

“As empresas operadoras da saúde suplementar, no meio deste jogo de interesses, não pode arcar com sensíveis prejuízos no seu campo de atuação devido à batalhas teóricas. Como bem disposto pelo artigo 170 da CF, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna.”¹³⁴

Leonardo Vizeu Figueiredo contempla que:

“Há que se dar condições de existência econômica para a iniciativa privada, afirmando que o mercado exige o mutualismo, pois os próprios consumidores podem ser prejudicados com esta distorção, uma vez que poderão ser obrigados a socorrerem-se da rede pública de saúde ante a falência das operadoras.”¹³⁵

A vista disso, não se deve ignorar a nenhum momento o princípio do mutualismo inerente ao contrato de plano de saúde, porém há outros princípios correlacionados de suma

¹³² PSCHIEDT, Kristian. *A balança jurídica do setor de saúde suplementar no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10758>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹³³ REsp nº 242.550-SP (1999/0115693-9) – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar e Relator de Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior.

¹³⁴ PSCHIEDT, Kristian. *A balança jurídica do setor de saúde suplementar no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10758>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹³⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 6ªed. São Paulo: Forense. 2013 p.38

importância como o da boa-fé, do equilíbrio contratual, da razoabilidade e principalmente do da dignidade humana.

Essa ideia pressupõe uma evidente colisão de direitos fundamentais, onde de um lado se tem a garantia do direito à vida e de outro o direito da ordem econômica. Para a maior parte da doutrina e magistrado, o direito à saúde é um bem indiscutivelmente soberano. Afinal quando se fala em vida, a Constituição está falando em vida digna, que pressupõe a saúde. Luiz Rizzato Nunes pontuou ao exclamar que a “dignidade é o fundamento mais importante, como primeira e última garantia das pessoas, acrescida da qualidade de vida”.¹³⁶

No entanto as empresas também possuem seus anseios e “necessitam ter seus direitos igualmente fundamentais e devidamente respeitados”¹³⁷ Para essa corrente minoritária, ainda que haja essa colisão de direitos, o magistrado que está tão “viciado de cargas emocionais”¹³⁸, acaba pendendo em prol da proteção à saúde e vida do ser humano.

É relevante nesta colisão é que o direito à saúde é um *status* de direito fundamental imposto pela Carta Magna que deve ser tutelado a todo o momento, ainda que haja conflito de direitos.¹³⁹ Wilson Antônio Steinmetz pontua nessa questão de colisão de direitos constitucionais que:

“Sobre a superioridade ou prevalência dos valores superiores em relação aos demais preceitos constitucionais, a norma fundamental não oferece um critério. Contudo, há que se considerar a superioridade interpretativa dos valores sobre os demais preceitos. Significa que as disposições constitucionais devem ser interpretadas de acordo com os valores da dignidade da pessoa.”¹⁴⁰

O critério de hierarquia, segundo Noberto Bobbio, fortalece o princípio que em um conflito de normas, a de nível mais alto terá preferência (*“lex superior derogat legi*

¹³⁶ NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.p 13.

¹³⁷ PSCHIEDT, Kristian. *A balança jurídica do setor de saúde suplementar no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10758>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹³⁸ Ibidem

¹³⁹ YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme S.J. Coord. CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde – Aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo. Forense. p.54.

¹⁴⁰ STEINMERTZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio de proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.121.

inferiori”)¹⁴¹. Ainda que o conflito esteja dentro do mesmo critério hierárquico, prevalecerá a norma que possui uma relevância social maior, conforme o ensino de Maria Helena Diniz¹⁴². Para Celso de Mello:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela Constituição, ou fazer prevalecer, outro direito ainda que constitucional, entendo – uma vez que configurado esse dilema- que razões de ordem ético-jurimpõe ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.¹⁴³

Ademais, embora o preceito de ordem econômica seja de extrema importância para a manutenção das operadoras de saúde, não se deve ignorar que o plano de saúde é um tipo de contrato atípico, tendo como objeto a proteção à saúde do segurado, e a negativa de custeio de determinado procedimento não faz sentido, uma vez que torna ineficaz seu objeto.

3.4 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Trazendo esta controvérsia sobre o Rol de Procedimentos da ANS para a análise do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, tendo visto que é a capital federal do Brasil e o local que este presente trabalho está sendo elaborado, constata-se decisões com fundamentos de grande relevância para o ordenamento jurídico.

A jurisprudência do TJDFT sobre este aludido Rol da ANS, debruça-se sobre o entendimento que sua existência deve ser meramente um indicativo de cobertura mínima a ser proporcionada pelos planos de saúde. As decisões são determinantes ao constatar a prática abusiva das operadoras ao recusar a cobertura de despesa médica. Afinal por se tratar

¹⁴¹ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. 2ªed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004 p.200

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo, Saraiva. 2003. p 34.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Pacientes com esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito a vida e a saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, A integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (CF, Arts. 5º, “caput”, e 196), Precedentes (STF). Recurso conhecido e provido. RE 393175 RS. Recorrente: Luiz Marcelo Dias. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf> Acesso em: 11 fev 2014

nitidamente de uma relação de consumo, as cláusulas devem ser interpretadas sobre os princípios da razoabilidade e de máxima proteção à saúde do beneficiário.¹⁴⁴

Interessante observar que esta apreciação consolidada no supracitado Tribunal é unânime e incontroversa, não obtendo até o momento, nenhuma decisão em sentido contrário que colida com jurisprudência predominante.

Assim este reconhece que se o objeto do contrato é a necessidade de tutela do direito à vida e à saúde, é indevido qualquer tipo de recusa em cobertura de procedimento¹⁴⁵. Afinal qualquer cláusula que restringe¹⁴⁶ a natureza do contrato, tornando impraticável a realização de fim social, deve ser considerada nula. João Egmont reconheceu em seu voto que:¹⁴⁷

“Os contratos de prestação de serviços de saúde ultrapassam os limites dos interesses de natureza puramente privados e individuais da relação contratual. Tem a função de e voltar ao adequado atendimento ao segurado que e encontra em situação de necessidade da prestação dos serviços contratados.”

É certo que a recusa do tratamento cause dor e sofrimento psíquico, no momento em que o consumidor se “encontra mais fragilizado em razão da doença”¹⁴⁸, agravando ainda mais o seu estado, podendo causar prejuízos irreversíveis. Além de frustrar a legítima expectativa gerada pelo beneficiário na contratação, ofendendo claramente o princípio da boa-fé.

A verdade é que se está previsto determinada patologia na segmentação de cobertura em que o beneficiário optou, não deve a empresa restringir o tipo de método a ser aplicado.

¹⁴⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 629.923,2012.03.1.016981ACJ . Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI. 1ª TURMA CÍVEL. Julgado em: 23/10/2012 Publicado: 25/10/2012 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

¹⁴⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios . Acórdão 770025,20120111684879APC . Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR LEÔNIO LOPES JUNIOR. 2ª TURMA CÍVEL. Julgado em: 19/03/2014 Publicado: 24/03/2014. Pág. 195 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

¹⁴⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios . Acórdão n.556278, 20110110146849APC, Relator: LUCIMEIRE MARIA DA SILVA, Revisor: LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/12/2011, Publicado no DJE: 18/01/2012. Pág.: 53 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

¹⁴⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.658276, 20110111892079APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/02/2013, Publicado no DJE: 06/03/2013. Pág.: 245 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

¹⁴⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.765776, 20130110285259APC, Relator: SEBASTIÃO COELHO, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/02/2014, Publicado no DJE: 06/03/2014. Pág.: 218 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

Até mesmo porque fica facultado ao médico responsável o procedimento mais adequado, devendo este optar por aquele mais moderno e seguro.¹⁴⁹ Segundo Gislene:

“Não se pode admitir que a seguradora circunscreva as possibilidades de tratamento aos procedimentos listados no rol de serviços médico-hospitalares editado pela ANS, até mesmo porque a enumeração feita pelo referido órgão é de natureza exemplificativa, ou seja, não esgota todos os tipos de tratamentos cobertos pelas companhias de seguro”¹⁵⁰

O tipo contrato em que o beneficiário optou em sua celebração pode até limitar quais enfermidades que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento para alcançar a respectiva cura. Para este Tribunal, “se existe a cobertura para determinada patologia no contrato, não importa a forma de tratamento, o plano de saúde deve cobrir”¹⁵¹.

O TJDF é unânime ao entender que a recusa da operadora em cobrir determinado procedimento sob o pretexto de este não está no Rol da ANS é totalmente insustentável, eis que aquela listagem se refere apenas ao mínimo de cobertura a ser garantido pelo plano de saúde.

Obstante a finalidade econômica dos contratos de plano de saúde, as obrigações assumidas pelas seguradoras, até pela função social do contrato, devem ser moldadas sob a máxima proteção à saúde do segurado. Até porque, como Carmelita Brasil delimitou em um de seus votos, a autorização de um procedimento, ainda que caro, não causará “prejuízos irreversíveis” à operadora em comparação da não-realização injustificada que poderá ensejar em um risco de morte ao beneficiário¹⁵².

¹⁴⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão: 20060110843636APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 18/11/2009, DJ 10/12/2009 p. 138. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

¹⁵⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.767921, 20130110471479APC, Relator: GISLENE PINHEIRO, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/03/2014, Publicado no DJE: 19/03/2014. Pág.: 188 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

¹⁵¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.637174, 20100710377133APC, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Revisor: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/11/2012, Publicado no DJE: 03/12/2012. Pág.: 290. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

¹⁵² BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.765023, 20130020271378AGI, Relator: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/02/2014, Publicado no DJE: 28/02/2014. Pág.: 142 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

Desta forma, qualquer prática que restringe ao consumidor os direitos inerentes à natureza do contrato, que é a saúde, é considerada abusiva, descumprindo claramente o contrato, bem como toda Legislação envolvente ao Direito à Saúde do homem.

“Ainda que seja possível, em contrato de adesão, a existência de cláusula limitadora de direitos dos consumidores, o fornecedor de produtos e serviços não pode criar para si excessiva vantagem, a pretexto de mitigar os riscos de sua atividade, lançando-os de forma desproporcional à parte hipossuficiente da relação. As cláusulas assim dispostas são abusivas e merecem a declaração de nulidade, nos termos do artigo 51 do CDC.” 617177

Assim o Tribunal é incisivo em todas as decisões, até o presente momento que foi realizado este trabalho, ao declarar não provimento aos recursos interpostos pelas operadoras de saúde, tendo em vista que a recusa de custeio aos procedimentos sob o fundamento de não estar elencado no Rol de Procedimentos é infundada, haja vista que este rol em natureza apenas exemplifica. Declarando, então, esta prática abusiva por ferir o princípio da boa-fé, proporcionalidade e razoabilidade, evidenciando um desequilíbrio contratual e desvantagem exagerada entre as partes neste contrato de consumo, ocasionando um descumprimento à natureza do contrato, que é e sempre vai ser a saúde do beneficiário.

CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho que a criação do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde pela ANS deu margem a uma interpretação extensiva pelas operadoras de planos de saúde, que entenderam que este elenco deveria ser utilizado como um indicativo de cobertura exaustiva.

Nesta linha de raciocínio, quando o Legislador definiu uma lista que deveria ter cobertura obrigatória, as operadoras consideraram que aqueles procedimentos que não estivessem neste rol, ficariam excluídos dessa obrigatoriedade, podendo os planos optar pelo custeio da cobertura ou não. Diante desta situação, inúmeros litígios começaram a surgir no judiciário consistindo em um verdadeiro paradoxo.

Ora, se a própria Lei 9.656/98 determinou uma cobertura abrangente ao definir os planos de saúde atenderiam “todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação”, não deveria as operadoras limitar o que a lei não limitou. De igual modo, essa interpretação é infundada, já que a ANS através de uma norma administrativa, não elaboraria um rol divergindo com os dispositivos da lei, até mesmo pela sua condição hierarquicamente inferior.

Deve-se repisar que o bem jurídico tutelado tanto pelo Estado quanto pelo objeto do contrato de iniciativa particular é a saúde. Ainda que ambas as iniciativas detenham de obrigações distintas, não se deve ignorar que, sobretudo possuem uma finalidade em comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do indivíduo.

Portanto, se o sistema público concede à iniciativa privada à participação de prestação de serviço à saúde, mediante o lucro, esta não está coagida a funcionar com um meio subsidiário do Estado, mas sim atender alguns requisitos básicos que foram atribuídos a este. Além disso, como se sabe, não é apenas a Lei de Planos de Saúde que norteia essa prestação de serviço. Como se trata de uma evidente relação de consumo, todos os contratos de saúde estão submetidos aos princípios do Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se diante deste paradoxo o diálogo de fontes. Como foi demonstrado, o setor privado de saúde é norteado por diversas normas, como a Lei 9.656/98 que regula os contratos de plano de saúde, os princípios do Código Civil de 2002 ao se tratar de contrato, resoluções normativas específicas, o Código de Defesa do Consumidor que complementa a lei nesta prestação de serviço e principalmente, a Constituição Federal de 1988. Portanto, embora as normas pertençam a ramos jurídicos diferentes, elas não se excluem neste caso, e sim se complementam.

Com base nestas normas e princípios envolvidos, a recusa em cobrir determinado procedimento é considerada pelo judiciário, em especial o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, como uma prática claramente abusiva. Afinal se está previsto determinada patologia na segmentação de cobertura em que o beneficiário optou, não deve a empresa restringir o tipo de procedimento a ser aplicado com o pretexto de não estar inserido no rol da ANS. Afinal frustraria a legítima expectativa gerada pelo beneficiário na contratação, ofendendo claramente o princípio da boa-fé.

É evidente que esta situação, configuraria num desequilíbrio contratual, notoriamente rejeitado pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que este entende que o consumidor já é um sujeito vulnerável, e sua submissão à cláusula ou prática que limitaria seu direito, é considerado ilícito e devendo se tornar nulas de pleno direito.

O tipo de contrato pode até limitar quais enfermidades que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento para alcançar a determinada cura. Se existe a cobertura prevista no contrato, não importa o tipo de tratamento, o plano de saúde deve cobrir. Uma vez que a recusa implicaria numa negativa de tratamento previsto contratualmente, coberto pelas mensalidades, não fazendo sentido, pois tornaria ineficaz o objeto do contrato.

A corrente minoritária juntamente com o entendimento das operadoras de saúde, preside que a atuação da iniciativa privada deve ser limitada, não devendo se confundir com a atuação do Estado, pois tornaria o setor “desequilibrado e insustentável”. Tendo em vista os preceitos de ordem econômica, as empresas possuem seus anseios e necessitam ter seus direitos igualmente respeitados, assim sob esta ótica, os consumidores devem se conformar com as regras do contrato.

A verdade é que através dessa colisão de direitos fundamentais, entre o direito à saúde e o direito da ordem econômica, há que se considerar a superioridade interpretativa de valores sobre os demais preceitos. Assim, entre proteger a inviolabilidade do direito à saúde e consecutivamente o direito à vida ou fazer prevalecer um direito financeiro, por razões éticas, há que se privilegiar o respeito à vida.

Deste modo, o direito à saúde representa um bem tutelado indisponível e inalienável, cuja sua integridade deve ser respeitada, não só pelo Estado como pelos planos de saúde. Com o advento da Constituição Federal, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico, todos os ramos de direito privado, principalmente as relações contratuais devem se submeter a este princípio para que haja uma interpretação justa de direito.

Foi neste contexto que floresceu na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios sob a necessidade da proteção ao direito à saúde já que esta está correlacionada ao princípio da dignidade humana. Ora, se a operadora celebra um contrato, através do princípio do mutualismo, prometendo a cobertura de determinadas patologias, não devem as mesmas descumprirem tal contrato com o argumento de não estar inserido num rol. Afinal, este surgiu como o objetivo de evitar abusos por parte das próprias operadoras de saúde.

Na esteira de tais ensinamentos, pode-se concluir que diante da natureza do contrato que é a proteção à saúde, é indubitável que haja qualquer entendimento contrário que restrinja este direito. Principalmente, quando a lei foi bem clara ao afirmar que o rol de procedimentos é apenas uma listagem mínima obrigatória, não devendo qualquer operadora de saúde supor qualquer interpretação limitativa.

Consigne-se, por fim, que o rol de procedimentos, para a doutrina majoritária, deve ser utilizado como uma ferramenta para auxiliar os contratos de plano de saúde na ótica dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, facilitando o consumidor a ter seu bem à saúde tutelado. Qualquer outro argumento só atende aos interesses das operadoras de saúde na obtenção do lucro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Adalberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 487

BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. *Os contratos de plano de saúde e a sua revisão jurisdicional*. RDC, n. 49. São Paulo: RT, jan. 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 2ªed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004

BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvérsias no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

BOTTESINI, Maury Ângelo. *Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense.

BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 mar. 2014.

BRASIL, Emenda Constitucional nº29, de 13 de set de 2001 Altera os arts 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 29 set. 2013.

BRASIL, Lei 8.080/90 de 19 de set de 1990 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 21 jul. 2013.

BRASIL, Lei 9.656 de 03 de jun de 1998 Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BRASIL, Súmula 469 Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0469.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 418.572, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 30/03/09.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE, Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, Tribunal Pleno, Dje-076, Divulgação: 29.04.2010, Publicado 30.04.2010, Ementa. Vol-02399-01, p.70.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios . Acórdão 770025, 20120111684879APC . Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR

LEÔNCIO LOPES JUNIOR. 2ª TURMA CÍVEL. Julgado em: 19/03/2014 Publicado: 24/03/2014. Pág. 195 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios .Acórdão n.556278, 20110110146849APC, Relator: LUCIMEIRE MARIA DA SILVA, Revisor: LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/12/2011, Publicado no DJE: 18/01/2012. Pág.: 53 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.658276, 20110111892079APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/02/2013, Publicado no DJE: 06/03/2013. Pág.: 245 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.765776, 20130110285259APC, Relator: SEBASTIÃO COELHO, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/02/2014, Publicado no DJE: 06/03/2014. Pág.: 218 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.767921, 20130110471479APC, Relator: GISELENE PINHEIRO, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/03/2014, Publicado no DJE: 19/03/2014. Pág.: 188 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Acórdão n.765023, 20130020271378AGI, Relator: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/02/2014, Publicado no DJE: 28/02/2014. Pág.: 142 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 629.923,2012.03.1.016981ACJ. Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI. 1ª TURMA CÍVEL. Julgado em: 23/10/2012 Publicado: 25/10/2012

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão: 20060110843636APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 18/11/2009, DJ 10/12/2009 p. 138. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

BRASIL. Decreto 591, de 6 de Julho de 1992. Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm> Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Lei 12.738. 30 de Nov de 2012. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para tornar obrigatório o fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, de coletor de urina e de sonda vesical pelos planos privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12738.htm>

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de set de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Pacientes com esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio.

Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito a vida e a saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, A integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (CF, Arts. 5º, “caput”, e 196), Precedentes (STF). Recurso conhecido e provido. RE 393175 RS. Recorrente: Luiz Marcelo Dias. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf> Acesso em: 11 fev 2014

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Editora Forense, Rio de Janeiro

CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009

FIGUEREIDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 6ªed. São Paulo: Forense. 2013
FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas. 2010

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 31.

FURLANETO, Felipe Carnellosi. *Direito à saúde e a iniciativa privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 42 Abr-Jun 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito das Obrigações (Parte Geral)*. v. 5. Rio de Janeiro. Saraiva. 8 ed. 2007.

GREGORI, Maria stella. *O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos planos de saúde*. *Revista de Direito do Consumidor*. p. 344. São Paulo. Revista dos Tribunais. Ano 20.78 Abr-Jun 2011

JUNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. *Consumidor de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Saúde e responsabilidade*. São Paulo. Revista dos Tribunais.

MAIA, Maurilio Casas. *O direito a saúde à luz da constituição e do código de defesa do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Relevância pública independente do regime de sua prestação. *Participação da Iniciativa privada em caráter complementar ao SUS*. Parecer, Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo: Vol. 2, n. 14, p. 103. Fev/2007.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro, *Planos de Saúde*. Rio de Janeiro: Forense. Pag.112

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil anotado*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito do Consumidor*, à luz da jurisprudência do STJ. 4. ed. Rio de Janeiro. Jus PODIVM. 2009

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ORDACGY, André da Silva. O direito fundamental à saúde pública. Disponível em: <www.hemofiliabrasil.org.br/artigos/artigo_20080925170800ARTIGO_SAUDE_PUBLICA_ANDRE_ORDACGY_ESDPU.pdf>. Acesso em: 29 set. 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor 6/36, São Paulo: RT, abr-Jun. 1993.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Planos de Saúde e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais

PIOVESAN, Flavia. *Direito à saúde e o dever de informar*. Revista de direito do consumidor. Revista dos tribunais. São Paulo. Volume 77 p. 352 Jan/Mar 2011.

PSCHEIDT, Kristian. *A balança jurídica do setor de saúde suplementar no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10758>. Acesso em: 27 mar. 2014.

Recomendação Geral 14, 1993. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_2_3_2.htm> Acesso em: 13 out. 2013.

Resolução 217A (III) 10 de dez de 1948 Declaração Universal dos Direitos Humanos Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 21 set. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*. São Paulo: Diálogo Jurídico, 2001.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde*. São Paulo. Editora Renovar. 2009. p. 201

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Tudo que você precisa saber sobre Planos de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009

STEINMERTZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio de proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermêutica jurídica em crise. *Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 243.

VACCARI, Fernanda Cláudia Araújo da Silva. *O direito fundamental à saúde e o dever do Estado em assegurá-la, sob pena de responder civilmente pela omissão*. Fortaleza: Revista Humanidades, v. 18.n.1, Jan/Jun 2003. p. 35.